

الأمم والوطنية المقفلة

في

الثقافة الاستعمارية مع مدخل لدراسة

الزمن وفلسفته ودراسته مقارنتاً

تاليف

الدكتور محمد يوسف

الأموال ونظريّة العقد في الفقه الإسلامي

مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته

دراسة مقارنة

تأليف

الدكتور محمد يوسف موسى

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول

الطبعة الأولى

١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م

بالقاهرة

مطابع

دار الكتاب العربي بمصر

محمد حلمي المنياوي

إهداء

أهدى هذا البحث بكل إجلال إلى روح :
والدى الذى لم أره ، وإن ورثت منه كثيراً من خلاله الطيبة وأخلاقه الكريمة .
والدتى التى قامت على تربيتنا أنا وأخوى السيدين الفاضلين ، ومنَّ الله عليها
فرأتنا رجالاً نقوم على خدمة الدين والعلم .
شيوخى من علماء الأزهر ورجاله ، الذين حبَّبوا إلى العلم ودفعونى فى طريقه
الشاق اللذيد .

الشيخ محمد زاهد الكوثرى التركى الأصل ثم المصرى أخيراً ، فهو من خير من
عرفت من العلماء رواية ودراية ، ومن أبصرهم بالعلوم الإسلامية ومراجعتها الأصيلة ،
ومن أكثر الناس تواضعاً وحباً للعلم وعملاً على نشره وتوجيه من يتصل به^(١) .
إلى أرواح هؤلاء جميعاً أهدى هذا العمل المتواضع ، وأرجو الله لهم حسن
المثوبة والجزاء ، وأن يجعلهم مع الذين أنعم عليهم من النبيين والصديقين والشهداء
والصالحين وحسن أولئك رفيقاً .

محمد يوسف موسى

(١) استأثرت رحمة الله به فى يوم الاثنين ٢٠ ذى القعدة عام ١٣٧٢ هـ الموافق ١٩ أغسطس
عام ١٩٥٢ م ، بعد حياة مباركة للدين والعلم ، فقد أربت مؤلفاته والكتب التى حققها أو اشترك
فيها على المائة ، عدا مقالاته وتعليقاته على ترجمة دائرة المعارف الإسلامية .

مقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، ورضوان الله على آل رسوله المصطفى وأصحابه ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

١- وبعد : هذا كتاب في « الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي » ، وهو ما يُعرف في كتب الفقه « بالمعاملات » ، أقدمه لطلاب كلية الحقوق بالجامعة ولجميع من يعينهم دراسة الفقه الإسلامي من مراجعه الأولى الأصيلة . وقد عُنيت فيه بصفة خاصة بالمقارنة بين آراء الفقهاء المسلمين بعضهم مع بعض من ناحية ، وبين هذه الآراء وما جاء في القانون المصري الحديث من ناحية أخرى ، وذلك عندما يتطلب الأمر وموضوع البحث هذه المقارنة .

وفي الفقه الإسلامي ثروة ضخمة من التشريعات العديدة التي تتناول الفرد والمجتمع والدولة من النواحي المختلفة ، بل تتناول أيضاً العلاقات الدولية بين الأمم جميعاً . ولن يستطيع أن يقف على مبلغ هذه الثروة من قصر نفسه على مذهب واحد من مذاهب الفقه لا يعدوه إلى غيره ، بل يجد تجاوزه غير جائز له مادام قد التزمه مذهباً له .

٢- وإذا كانت « الدراسة المقارنة » هي الضرب الأمثل من الدراسات في الفلسفة والعلوم الاجتماعية والاقتصادية ونحوها ، فإنها كذلك بلا ريب في الفقه والتشريع ، وهي — لهذا — الواجبة الاتباع في هذه الأيام بخاصة .

إن هذه الدراسة تساعدنا على التحرُّر من رِبْقَةِ التقليد في الأصول والفروع الذي أخذ مِنَّا بِالْخِناق ، وتجعلنا نعرف يقيناً أن الله لم يخص بالحق كله فقيهاً أو مذهباً

واحداً بعينه ، وتقدم مادة خصبة متجددة للذين يقومون بالقوانين الوضعية الحديثة ؛ وذلك ما يُعرفهم بما للفقهاء الإسلامى من منزلة كبرى ، فيفيدون منه أجل فائدة حتى يكون المصدر الرسمى الأول لما يضعون من قوانين .

فضلاً ، عن أن هذا النوع من الدراسة يرسم لنا لوحة أمينة صادقة لجهود العقل الإنسانى فى هذه الناحية ، ولتطور الفكر فيما يتصل بالتشريع والتقنين ليتناسب مع ما يجد للناس من مشاكل الحياة العملية وأحوالها العديدة المختلفة ، وسواء فى ذلك جهود الفقهاء فى الشرق والغرب من المسلمين وغير المسلمين .

٣ — وإذا كان لكل قانون ، سماوى أو وضعى ، طبيعته وسماته وخصائصه التى بها يتميز عن غيره من القوانين ، فإن للفقهاء الإسلامى من هذا كله ما يجعله بحق ضرباً فريداً من التشريعات والقوانين التى عرفها العالم حتى الآن ؛ سواء من ناحية الأسس التى قام عليها ، والمقاصد والغايات التى استهدفها ، والأحكام والحلول التى جاء بها على مرّ العصور ، وغير ذلك مما سيستبين لنا أثناء البحث إن شاء الله تعالى . ولذلك رأيت من الخير ، بل من الضرورى ، أن أقدم للبحث كله بكلمات تعالج فى إيجاز نشأة الفقه وتدرجه ، ومادته وبنائيه ، وتطوره بحسب تغير الزمان والمكان ، وطبيعته وخصائصه الثابتة رغم تغير الكثير من أحكامه . . . إلى غير هذا وذاك كله مما يتصل بتاريخ التشريع الإسلامى وفلسفته ، ويعتبر مدخلاً لا بدّ منه لدراسة الفقه نفسه ، وبه يسير القارئ إلى ما هو بسبيله من الدراسة والبحث على هدى وبصيرة .

وحينئذ نعلم أنه ما ينبغى لنا أن نؤخذ بما خله الزمن من قداسة على جميع الآراء الفقهية لرجال وأعلامه القدامى ، لأن هذه « القداسة » — التى أگّدها الزمن والجمود والكسل العقلى — منعتنا فى الماضى ، ولا تزال تمنعنا فى الوقت الحاضر ، من التقدم والتطور لمسايرة العصر وما يجد فيه من مشاكل وأحداث تتطلب ما يناسبها من الأحكام التى لا تعارض القرآن والثابت من سنة الرسول عليه الصلاة

والسلام . وسيجيء لهذا زيادة بيان عند ختام هذه الدراسات التي جعلناها « مَدْخلاً » للبحث كله ، وذلك عند ما نستخلص منها النتائج الحتمية التي تؤدي إليها .

٤ - هذا ، ولست بالذي يزعم أني أسير في طريق لم يسلكه غيري من قبل ، فقد سار في هذا الطريق الوعر الشاق كثير من أفاضل العلماء وكبار الرؤّاد في هذا الزمن المعاصر ، وقد أفدت من أعمالهم جميعاً . أجزل الله مثوبة من اصطفاه منهم لجواره ، وأمدّ في حياة الباقيين ، ورزقني وإياهم العون والتوفيق .

وقد اقتضى البحث ومنهاج الدراسة تقسيم الموضوع إلى هذه الأقسام :

(١) القسم الأول في المدخل لدراسة الفقه وفلسفته .

(٢) القسم الثاني في الأموال .

(٣) القسم الثالث في نظرية العقد .

٥ - وأخيراً ، هذا عمل يُعتبر باكورة لي في هذه الناحية من نواحي الدرس والمعرفة ، بعد أن قضيت عمراً طويلاً في دراسة التاريخ والعلوم الفلسفية وفي تطبيق الفقه عملياً في المحاماة ، ولهذا أعتذر عما يكون فيه من نقص بما قاله العبد الأصفهاني : « إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يُستحسن ، ولو قدّم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل . وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

روضة القاهرة / ١٧ من المحرم سنة ١٣٧٢ هـ
٧ من أكتوبر سنة ١٩٥٢ م

- ۸ -

القسم الأول

مدخل لدراسة الفقه وفلسفته

الشريعة والفقه

جرى الأمر في كليات الحقوق بالجامعات المصرية على إطلاق كلمة : « الشريعة الإسلامية » على « الفقه الإسلامى » ، بل على أنها مرادفة له ؛ مع أن « الشريعة » أعم كثيراً من « الفقه » ، وسبق أن عُرِفَت في اللغة العربية قبل ظهور كلمة « فقه » بزمان طويل .

٦ — يراد « بالشريعة » كل ما شرعه الله للمسلمين من دين ؛ سواء أ كان بالقرآن نفسه ، أم بسنة الرسول من قول أو فعل أو تقرير . ففى ، لهذا ، تشمل أصول الدين ، أى ما يتعلق بالله وصفاته والدار الأخرى وغير ذلك كله من بحوث علم التوحيد أو علم الكلام . كما تشمل ما يرجع إلى تهذيب المرء نفسه وأهله ، وما يجب أن تكون عليه العلاقات الاجتماعية ، وما هو المثل الأعلى الذى يجب أن يعمل لبلوغه أو مقاربتة ، وما هى الطرق التى بها يصل إلى هذا المثل أو الغاية من الحياة ، وذلك كله هو ما يعرف باسم علم الأخلاق . ومع هذا أو ذاك ، تشمل الشريعة أحكام الله لكل من أعمالنا ؛ من حل ، وحرمة ، وكراهة ، وندب ، وإباحة وذلك ما نعرفه اليوم باسم الفقه المرادف لكلمة قانون فى عُرف المُحدَثين .

وفى ذلك نجد أحد الذين عنوا عناية فائقة بتحقيق مصطلحات العلوم ، وهو محمد على التَّهَانَوِيّ يقول^(١) : « الشريعة ما شرع الله تعالى لعباده من الأحكام التى جاء بها نبي من الأنبياء صلى الله عليهم وعلى نبينا وسلم ؛ سواء كانت متعلقة بكيفية عمل ، وتسمى فرعية وعملية ، ودُوِّن لها علم الفقه ؛ أو بكيفية الاعتقاد ، وتسمى أصلية واعتقادية ، ودُوِّن لها علم الكلام . ويسمى الشرع أيضاً بالدين والملة » ،

(١) كشف عن اصطلاحات الفنون ، مادة : شريعة ، المجلد الأول ص ٨٣٥ — ٨٣٦ من

إلى آخر ما جاء في مادة « شريعة » مما فيه التفرقة واضحة بينها وبين الفقه ، وإن كان قد ذكر ما يفيد أنها قد يراد بها الفقه في بعض الأحيان من باب إطلاق العام ويراد به الخاص .

الفقه ، إذاً ، أخص من الشريعة ، لأنه جزء منها وبعض ما تشتمل عليه ، وهذا واضح من تعريفات العلماء له .

٧- من هؤلاء السيد الشريف الجوزجاني إذ يقول ^(١) : « الفقه هو في اللغة عبارة عن فهم غرض المتكلم من كلامه ، وفي الاصطلاح هو العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية . . . وهو علم مُسْتَنْبَط بالرأى والاجتهاد ، ويحتاج فيه إلى النظر والتأمل ، ولهذا لا يجوز أن يُسَمَّى الله تعالى فقيهاً لأنه لا يخفى عليه شيء » .

ومنهم الإمام أبو حامد الغزالي المتوفى عام ٥٠٥ هـ إذ يقول ^(٢) : « والفقه عبارة عن العلم والفهم في أصل الوضع ، يقال فلان يَفْقَهُ الخير والشر أى يعلمه ويفهمه ولكن صار يُعْرَف العلماء عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة . . . كالوجوب والحظر والإباحة والندب والكراهة ، وكون العقد صحيحاً وفاسداً وباطلاً ، وكون العبادة قضاء وأداء ، وأمثاله » .

وبعد الغزالي الشافعي ، نجد علاء الدين الكاساني الحنفي المتوفى عام ٥٨٧ هـ يذكر أنه لا علم بعد العلم بالله وصفاته أشرف من علم الفقه ، وهو المسمى بعلم الحلال والحرام والشرائع والأحكام ؛ له بعث الرسل وأنزل الكتب ، إذ لا سبيل إلى معرفته بالعقل المحض دون معونة السمع ^(٣) .

٨- وبعد هؤلاء جميعاً نجد التهانوي يذكر أن الشافعية يُعَرِّفون الفقه بأنه

(١) كتاب التعريفات ، مادة : فقه ص ١١٢ من طبعة استانبول عام ١٣٢٧ هـ

(٢) المستصفى من علم الأصول ، طبعة بولاق سنة ١٣٢٢ هـ ، ج ١ : ٤ - ٥

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الطبعة الأولى عام ١٣٢٧ هـ بمطبعة شركة المطبوعات العلمية ج ١ : ٢ . ونشير هنا إلى أن المعتزلة يرون أن المبرع ورد مجيزاً ومقررراً لأحكام العقل لا منشأ لها .

« العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية »^(١) ويجعلونه أربعة أقسام ، فقد قالوا : « الأحكام الشرعية ؛ إما أن تتعلق بأمر الآخرة ، وهي العبادات أو بأمر الدنيا . وهي إما أن تتعلق ببقاء الشخص ، وهي المعاملات ، أو ببقاء النوع باعتبار المنزل وهي المناكحات ، أو باعتبار المدينة وهي العقوبات »^(٢) .

على أن القول بأن العبادات تتعلق بأمر الآخرة ، على معنى قَصْرها عليها ، فيه تسامح كبير ، فالعبادات فيها منافع غير منكرة للشخص والمجتمع في هذه الحياة الدنيا إن الصلاة بحركاتها ، وما يلزمها من نظافة وطهارة ، فيها صحة الجسم وتهذيب النفس وكذلك الصوم أيضاً ؛ والحج فيه رياضة للنفس وتبادل المنافع الدنيوية والتشاور في الرأي لصالح المسلمين بعامة ، والزكاة ، فيها إصلاح للفقير والمجتمع ؛ إلى غير ذلك كله من ضروب المنافع الدنيوية التي لا نكاد نحصيها عدداً في العبادات .

٩ - وقد قلنا فيما تقدم بأن اللغة العربية عرفت كلمة « شريعة » قبل كلمة « فقه » بزمان طويل . ذلك بأننا نجد مادة : « شرع » ومشتقاتها وردت في كثير من آي القرآن الكريم ، بل نجد كلمة : شريعة نفسها جاءت في قوله تعالى : « ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا »^(٣) ؛ وهذا في مقابلة الشريعة الموسوية والشريعة المسيحية ، ويراد بها الدين بصفة عامة .

على حين أن كلمة « فقه » لم تعرفها لغة العرب في معناها الذي نريده اليوم إلا بعد مضي صدر من الإسلام . وفي هذا يقول ابن خلدون في الفصل الذي عقده للكلام عن علم الفقه وما يتبعه من القرائن^(٤) « الفقه معرفة أحكام الله تعالى في أفعال المكلفين ، بالوجوب والحظر والنذب والكراهة والإباحة ، وهي مُتَلَقَّاة من الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفة ما من الأدلة فإذا استُخْرِجَت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها : « فقه » . ويذكر بعد هذا بأن هؤلاء الذين يستخرجون هذه

(١) و (٢) كشف اصطلاحات الفنون ، عند الكلام على علم الفقه في مقدمته في بيان العلوم

المدونة ج ١ : ٣٦ ، ٣٧

(٣) (الجاثية ك ٤٥ : ١٨) .

(٤) مقدمة ابن خلدون ، مطبعة التقدم عام ١٣٢٢ هـ ، ص ٣٥٣ .

الأحكام كانوا يُسمّون في فجر الإسلام بالقراء ، تمييزاً لهم عن الذين لم يكونوا يقرءون الكتاب الكريم ، إذ كان العرب أمة أمية كما نعلم . « ثم عَظُمَت أمصار الإسلام وذهبت الأمية من العرب بممارسة الكتاب ، وتمكن الاستنباط وكَمُلَ الفقه وأصبح صناعة وعلماً فبدّلوا باسم الفقهاء والعلماء من القراء »^(١) .

نشأة الفقه وتدرجه

١٠ — الفقه الإسلامي مثله مثل كل كائن حي مادي أو معنوي ، لا ينشأ من لا شيء ، ولا يبلغ كماله طفرة واحدة ، بل ينشأ من شيء موجود سابق عليه ، ويأخذ في السير متدرجاً في مراتب الحياة والوجود حتى يبلغ أقصى ما يقدر له من نضج وكال ، ثم ينال منه الزمن وأحداثه حتى يدركه الهرم .

والعرب الذين نزل القرآن بلغتهم ، وأصبحوا حملة الإسلام ودعائه وناشريه في أقطار الأرض ، كانوا أمة أمية حقاً ليس لها ما لجيرانها من الروم والفرس من علوم وفلسفات وثقافة عالية . إنهم لم يكونوا يُعنون إلا بعلم اللسان واللغة والشعر ، وبرواية السير والتاريخ ، وبشيء من علم التنجيم اضطرتهم إليه ظروف الحياة وعرفوه عن التجربة ؛ « لا على طريق تعلم الحقائق ، ولا على سبيل التدرب في العلوم » كما يقول صاعد الأندلس المتوفى عام ٤٦٢ هـ^(٢) .

١١ — إلا أنه ليس لنا أن نستنتج من ذلك أن العرب لم يكن لهم شيء من القوانين يحكم حياتهم ومعاملاتهم ، قوانين لم تصدر حقاً عن سلطة تشريعية كما كان الحال بعد أن جاء الإسلام ، ولكنها كانت أوضاعاً وتقاليد وأعرافاً استفادوا أكثرها عن البلاد التي كانوا يعيشون بجوارها ويتصلون بها اتصالات عرفها التاريخ^(٣) . ومن هذه البلاد الشام وقد كان قطراً يطبق فيه القانون الروماني ، والعراق حيث كان

(١) مقدمة ابن خلدون ، مطبعة التقدم ، عام ١٣٢٢ هـ من ٣٥٣ .

(٢) طبقات الأمم ، مطبعة محمد مطر بمصر من ٥١ .

(٣) ومن المسلم أنه يكون من هذه الاتصالات تأثير وتأثر من الطرفين ، ويكون التأثير عادة من الطرف الأدنى حضارة وتقدماً .

يسود القانون الفارسي ، فضلاً عن كان في « يَثْرَب » — التي سميت « بالمدينة »
فيما بعد — من اليهود وقد كان لهم قانونهم وتشريعاتهم الموسوية .

وإلى جانب ذلك ، نعرف من تاريخ الأمم والشعوب أنه كان لكل مجتمع ،
مهما كانت درجته من الحضارة والرقى الفكري والعمل ، حظه من قواعد قانونية
يجري عليها في معاملاته وعقوده وتصرفاته المالية ، وفي المسائل الشخصية التي تبنى
عليها الأسرة كالزواج ونحوه ، وفي علاج جرائم المجتمع بوضع العقوبات الزاجرة
عنها الرادعة لمن يقتربون شيئاً منها ، وفي غير هذا كله من الشئون ومسائل
الحياة ومشاكلها .

١٢ — والمجتمع العربي ، في شبه جزيرة العرب قبل الإسلام ، لم يشذ طبعاً
على هذا الأصل الذي يقوم عليه بقاء الشخص والنوع والاجتماع والعمران .

من أجل ذلك ، نعرف من التاريخ أن العرب عرفوا في جاهليتهم قواعد
قانونية كثيرة قام عليها مجتمعهم ، وكان ذلك في نواح شتى من النواحي التي
عالجها الإسلام فيما بعد . بما جاء به من فقه وتشريعات ، وقد أقرّ الرسول صلى الله
عليه وسلم كثيراً من هذه القواعد والمبادئ التي كانت قد تبلورت فصارت أعرافاً
ينزلون على حكمها ، فما كان الإسلام ليغيّر كل ما كانت عليه الأمة العربية حتى
ما كان صالحاً لبناء مجتمع صالح للحياة الطيبة ، ومن ثمّ لنا أن نقرر أن الإسلام طرأ
على مجتمع له تقاليد وأعرافه وحياته القانونية .

١٣ — عرف العرب كثيراً من ضروب المعاملات ؛ كالبيع ، والرهن ،
والشركة ، والمضاربة ، والإجارة والسلم . وأقر الإسلام ، في كتابه الكريم وعلى
لسان رسوله وفعله وتفسيره ، غير قليل من أنواع هذه التصرفات والعقود حين وجدها
صالحة للبقاء ، وحرّم وألغى ما كان غير صالح منها . وكان من هذا الذي حرّمه الربا
لأن فيه أكل أموال الناس بالباطل ، كما كان مما نهى عنه أنواع من البيوع

— سيحىء الكلام عنها — لما تؤدي إليه من غرر ومنازعات . وهذه الإشارة تحتاج إلى بعض الإيضاح ، فلنذكر من الشواهد والأدلة ما يدل على ذلك الذى تشير إليه .

جاء فى سنن أبى داود ومسنند ابن حنبل عن الرسول أنه قال للنائب ابن أبى السائب وقد جاءه يوم الفتح : « كنت شريكى ، فتم الشريك ! كنت لا تدارى ولا تمارى » ، وقد روى أيضاً بألفاظ أخرى^(١) وقال ابن هشام ، وهو يتحدث عن زواج الرسول بخديجة بنت خويلد ، وكانت خديجة بنت خويلد امرأة تاجرة ، ذات شرف ومال ، تستأجر الرجال فى مالها وتضاربهم إياه بشيء يجعله لهم^(٢) .

من هذين الخبرين ، نرى أن العرب عرفوا عقد الشركة والإجارة والمضاربة^(٣) ، وهى عقود أقرها الإسلام لأن الحياة العملية لا تقوم بدونها ، ثم وضع الفقه فيما بعد قواعدها وشروطها وحدودها ، وذلك ليكون الغرض منها مصلحة المتعاقدين معاً فى حدود شرع الله ورسوله .

١٤ — كما عرف العرب عقد السلم ، وهو شراء الشيء الذى لم يوجد بعدُ بضمن عاجل حال ، ولهذا نجد الرسول حين ينهى عن بيع المعدوم لما فيه من الغرر والخطر يستثنى السلم إذ كان نوعاً من المعاملات التجارية المعروفة قبل الإسلام وبخاصة عند أهل يثرب ، ولما يكون فى منعه من الحرج والتضييق على الناس .

(١) راجع سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعانى المتوفى عام ١١٨٢ هـ ، ٣ : ٨٣ — ٨٤ ، طبعة صبيح بالقاهرة .

(٢) سيرة بن هشام ، نشر المكتبة التجارية عام ١٩٢٧ م ، ١ : ٢٠٢ .

(٣) أنظر فى إقرار الرسول للمضاربة على ما كانت عليه قبل الإسلام ، أعلام الموقعين لابن القيم ٤ : ١٦ ؛ وأيضاً الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، ٣ : ٣٤٦ ، إذ قال : القراض (وهو المضاربة) كان فى الجاهلية ، وكانت قريش أهل تجارة لا معاش لهم من غيرها وفيهم من لا يطبق السفر ، فكان قرض الشغل والمرض يعطون المال مضاربة لمن يتجربه بجزء مسمى من الربح فأقر الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك فى الإسلام ، وعمل به المسلمون عملاً متيقناً لا خلاف فيه ، وقد خرج صلى الله عليه وسلم فى قراض بمال خديجة .

وفي هذا يروى إماما المحدثين البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يُسَلِّفون بالتر السنتين والثلاث ، فقال : « من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ^(١) » .

١٥ — وفي ناحية ما يسمى اليوم في الفقه « بالأحوال الشخصية » ، نراهم تعارفوا ضروباً مختلفة ، من صلة الرجل بالمرأة ، وقد أقر الإسلام منها ما يتفق والشرعة ، وحرّم الأنواع الأخرى التي لم تكن إلا سيفاحاً صريحاً .

وفي ذلك يقول الإمام البخارى في صحيحه . « إن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء ، فنكاح منها نكاح الناس اليوم ؛ يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو بنته ، فيُصَدِّقها ثم ينكحها ^(٢) . فهذا هو عقد الزواج الذي أقره الإسلام ووضع له أصوله وحدوده ، ليقوم به بيت صالح وأسرة طيبة هي أساس المجتمع ، وقد كان لا بد فيه من الخطبة والمهر ، كما كانت المرأة لا تزوّج إلا بإذنها .

١٦ — جاء في كتاب الأغاني لأبي الفرج الاصفهاني ^(٣) . « أن الحارث بن عوف المرّى وفد على أوس بن حارثة الطائي يخطب إليه إحدى بناته ، وكان له ثلاث بنات . فعرض الأمر على الكُتُبى والوسطى فأبتا ، ثم خاطب الصغرى فقال لها : هذا الحارث بن عوف ، سيد من سادات العرب ، جاء طالباً خاطباً ، فقالت : أنت وذاك ؛ فأخبرها بإباء أختها ، فقالت : لكنى والله للجميلة وجهها ، الصنّاع يداً ، الرفيعة خلقاً ، الحسبية أبا ؛ فإن طَلَّقَنِي فلا أخلف الله عليه بخير » ؛ فزوجها الحارث .

إذاً ، قد عرف العرب قبل الإسلام ما أقره الإسلام من الزواج حين جاء ؛ كما عرفوا أيضاً فسخ الزواج بالطلاق ، وإن لم يكونوا يتقيدون بعدد في الطلاق .

(١) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ٢ : ١٨٢ .

(٢) راجع كتاب النكاح ، باب من قال : لانكاح إلا بولي .

(٣) ٩ : ١٤٢ — ١٤٣ ، من طبعة الساسي .

«روى الترمذى والحاكم وغيرهما من المحدثين عن عائشة رضى الله عنها ، قالت :
كان الرجل فى الجاهلية يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها ، وهى امرأته إذا ارتجعها
وهى فى العدة ، وإن طلقها مائة طلقة وأكثر . . . ولذلك نزل القرآن بتحديد عدد
الطلقات ، وبأنه ليس للزوج بعد الثالثة مراجعة .

~~على ذلك النحو من صلة الرجل بالمرأة بطريق الزواج الذى تتقدمه خطبة
الزوجة من وليها ، نجد زواج الرسول صلى الله عليه وسلم بالسيدة خديجة رضى الله
عنها . فقد روى أبو العباس المبرّد المتوفى عام ٢٨٥ هـ أن أبا طالب خطب فى هذا
الزواج ، فقال : « الحمد لله الذى جعلنا من ذرية إبراهيم وزرع إسماعيل ، وجعل
لنا بلداً حراماً ، وبيتاً محجوجاً ، وجعلنا الحكام على الناس . ثم إن محمداً بن
عبد الله ابن أخى عمن لا يؤازرن به فتى من قريش إلا رجح عليه : برّاً وفضلاً
وكرماً ، وعقلاً ومجدّاً ونُبلاً . وإن كان فى المال قلّ ، فإن المال ظل زائل ، وعارية
مُسترجعة . وله فى خديجة بنت خويلد رغبة ، ولها فيه مثل ذلك ، وما أحببتم من
الصداق فعلى » (١) .~~

~~ويروى ابن هشام (٢) فى سيرته أن أبا طالب قال : « ومحمد من قد عرفتم
قربته ، وقد خطب خديجة بنت خويلد ، وبذل لها من الصداق ما آجله وعاجله
كذا من مالى ، وهو والله بعد هذا له نبأ عظيم وخطب جليل جسيم » . وكان أن
تم الزواج ، وقام بتزويجها عمها عمرو بن أسد وابن عمها ورقّة بن نوفل بشهادة
صناديد قريش .~~

~~من هذا نرى أن عقد زواج الرسول جرى على ما جاء به الإسلام بعد ؛ من
صداق يدفع للمرأة ، وقيام وليها به ، وشهادة من ملأ من الناس ليتوافر له ركن العلانية ،
تميزاً له عن الزنى والسفاح . ولا عجب ! فهو زواج من أعدّه الله للحل رسالته ،
وصانه من أوضاع الجاهلية .~~

(١) تهذيب الكامل ، ص ١ : ٤

(٢) سيرة ابن هشام ، ج ١ : ٢٠٤ فى الهامش ، وص ٢٠٣ — ٢٠٦ من الأصل .

١٨ — وبعد ناحية الأحوال الشخصية ، نجد في باب العقوبات أنهم كانوا يقولون : « القتل أنفى للقتل » أى أن عقوبة القتل العمد هي القصاص من القاتل ، على حين كانت عقوبة القتل الخطأ هي الدية .

ولم يقر الإسلام عقوبة القتل العمد والخطأ على ما كان عليه العمل قبله فقط ، بل أقر كذلك ما يُعرف « بالقسامة »^(١) حين يقتل قتيل في محلة ولا يُدري قاتله . ففي صحيح مسلم أن النبي أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية ، كما ذكر البخارى في صحيحه صفتها في الجاهلية في حديث طويل يبين منه أن الرسول قضى بها حين قُتل رجل من الأنصار في أرض لليهود ولم يعرفوا من قتله منهم^(٢) .

١٩ — إلا إننا ، مهما عددنا ما عرفه العرب قبل الإسلام من قواعد ومبادئ قانونية ، في هذه الناحية أو تلك من نواحي الحياة العملية ، فلا نستطيع أن نزعم أنهم وصلوا من ذلك إلى ما يكفي ليقوم عليه مجتمع سليم وأمة صالحة للحياة . وما كان يمكن أن يكون الأمر إلا كذلك ، ونصيب العرب في الجاهلية من الرقي والحضارة كان نصيباً محدوداً إلى درجة كبيرة ، ومن أجل هذا وغيره كانت الحاجة ماسة جداً إلى الإسلام وشريعته .

أجل ! ظهر الإسلام والعرب ، بل العالم كله ، في أشد الحاجة إليه ؛ فاتاهم العقيدة الحققة ، والشريعة الصحيحة ، والنظم التي يقوم عليها المجتمع والأمة لتُسهم في بعث العالم ونهضته وإخراجه من الظلمات للنور ، وكان من هذه الشريعة والنظم ما نسميه « بالفقه الإسلامى » .

٢٠ — وهذا « الفقه » ، كما نعرفه اليوم ، لم ينشأ مرة واحدة كاملاً ، بل

(١) هي حلف خمسين من أهل المحلة التي وجد فيها القتيل ، يتخيرهم وليه ، بأنهم ما قتلوه ولا عرفوا له قاتلاً ، ثم يقضى بالدية على أهل المحلة جميعاً .

(٢) وانظر أيضاً في ذلك إعلام الموقعين ، ج ٤ : ٣٠٤

تدرّج في مراحل مختلفة حتى بلغ ما قدّر له من نُضج وكمال ، شأنه في هذه الظاهرة شأن كل كائن وُجد وعرف نور الحياة .

على أن الرسول صلى الله عليه وسلم ، لم ينتقل إلى الرفيق الأعلى حتى كان الفقه قد استكمل أهم أصوله التي قام عليها واستوى فيما بعد ، إذ انقضى بوفاته الرسول عهد وضع الشريعة في أسسها وأصولها ؛ فلم يبق للعلماء والفقهاء بعده إلا الرجوع إلى ما تمّ في حياته ، واستلهاهم ما أوصى الله إليه من كتاب وسنة ، ثم التفريع والتطبيق حسب الظروف والزمان والمكان .

الأدوار التي مرّ بها الفقه :

٢١ — ونستطيع بعد ذلك ، أن نقول بأن الفقه الإسلامي تدرّج في أدوار أربعة^(١) :

الأول : دور النشأة الذي كان أيام حياة الرسول ، وقد انتهى بوفاته عام ١١ هـ وقد استمر اثنين وعشرين عاماً وبضعة شهور .

الثاني : دور الشباب أيام الصحابة وكبار التابعين ، وقد استمر هذا الدور إلى ما بعد القرن الأول الهجري بقليل :

الثالث : دور النضج والكمال ، وقد انتهى في منتصف القرن الرابع ، وفيه كان التدوين وظهور الأئمة المجتهدين الكبار .

الرابع : دور الشيخوخة والمهرم ، وهو عهد التقليد الذي لا يزال مع الأسف الشديد مستمراً حتى اليوم . وإن كان هذا الدور لم يخل من مجتهد مطلق أو خاص بمذهب من المذاهب المعروفة ، يظهر من حين إلى آخر .

(١) جعل المرحوم الشيخ محمد الحصري بك هذه الأدوار ستة ، وجعلها الشيخ محمد الحجوى أربعة . انظر تاريخ التشريع الإسلامي للحصري ص ٣ - ٤ ، والفكر السامي للحجوى ج ١ : ص ١ - ٢ .

١ - الدور الأول دور النبوة :

٢٢ — بدأ الفقه في هذا الدور ينشأ ويتكون ، وعماده القرآن الكريم ثم السنة على اختلاف ضروبها : قولية ، أوفعية ، أو تقريرية . ولم تستمر هذه الفترة إلا سنوات قليلة هي اثنتان وعشرون سنة وأشهر ، وفيها نزل القرآن ، وتم نزوله بقوله تعالى^(١) : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً »^(٢) .

وهنا يجدر بنا أن نلاحظ أن ما نزل من القرآن بمكة ، وهو أقل بقليل من الثلثين من مجموع ، لم يشتمل على كثير من التشريع الفقهي ؛ إذ كان المقصود الأول فيه هو الدعوة إلى الله وتوحيده ، ونبذ ما كان يعبد الناس قبل الإسلام من مختلف المعبودات ، وإقامة الأدلة على ذلك وعلى وجود الدار الآخرة ، وتسلية الرسول فيما كان يلقاه في سبيل الدعوة من شدائد بضرب الأمثال له بقصص أسلافه من الرسل والأنبياء . أما التشريعات الفقهية التفصيلية ، فقد نزل الجانب الأكبر منها في السور المدنية وهي بالنسبة لمجموع القرآن أكثر من الثلث $\frac{1}{3}$ بقليل^(٣) .

٢٣ — ولا عجب في أن يكون هذا منهج القرآن ! إن المهمة الأولى كان صرف الناس عن الأديان الباطلة وتوجيههم للدين الحق ، وكان هذا يتطلب بلاريب إقامة الحجج والأدلة على صحة ما يدعو إليه . على أن الجانب المكى من القرآن لم يخل ، مع ذلك ، من بعض التشريعات العملية ولكن على طريق الإجمال لا التفصيل . وبعد أن تم للرسول النصر ، ولدينه الحق الثبات ، ودخل الناس أفواجا في الإسلام ، كان قد آن أن يتنزل الوحي بالتشريعات المفصلة التي لا بد منها

(١) سورة المائدة (٥ : ٣) .

(٢) نزلت هذه الآية يوم عرفة عام الحج الأكبر في السنة العاشرة من الهجرة ، وهي في رأى كثير من المفسرين آخر القرآن نزولا ، بمعنى أنه لم ينزل بعدها شيء من آيات الأحكام . وعلى كل ، فلم يعش الرسول بعد نزولها إلا إحدى وعشرين ليلة .

(٣) تاريخ التشريع للخصري بك ، من ٨ .

لتنظيم حياة المسلمين ومعاملاتهم ومجتمعهم على هدى الله وما فيه مصلحتهم ، وكان محل هذا كله بالمدينة .

حقاً ، لقد بدأ أن يكون للإسلام والمسلمين دولة بالمدينة ، والدولة تتطلب ما تقوم به من نظم وتشريعات وقوانين تحدد العلاقات بين أفرادها وبينها وبين الدول الأخرى ، وكان هذا هو السبب في أن أكثر هذه النظم والتشريعات نشأت بالمدينة .

٢٤ — وكان من الحكمة ، وما يتفق وطبائع الأمور ، أن لم تنشأ هذه التشريعات مرة واحدة ، بل كان ذلك على التدرج حسب الحاجة التي تدعو إليها ، وفي هذا دفع للخرج عن المسلمين وأخذهم بالتيسير في التكاليف والأحكام ، وبمخاصة وقد كانوا حديثي عهد بحياة لها أعرافها وتقاليدها التي تختلف في الكثير منها عما جاء به الإسلام .

والذي يقرأ القرآن ، في استقصاء وملاحظة ، يرى أن منه ما نزل إجابة عن أسئلة كان بعض المسلمين يتقدم بها إلى الرسول إذ يُحسُّون الحاجة إليها ، وكان منه تشريعات تنزل من السماء بلا سؤال . والضرب الأول نجده مصوراً بكلمة : « يسألونك » ، أو كلمة : « يَسْتَفْتُونَكَ ^(١) » .

~~وقد وردت كلمة : « يسألونك » في القرآن خمس عشرة مرة ، وكانت في ثمان منها أسئلة عن بعض ما يتناول الفقه من موضوعات مختلفة ، وهي :~~

- ~~١ — يسألونك ماذا ينفقون ، قل ما أنفقتم من خير فلولو الدين والأقربين ^(٢) .~~
- ~~٢ — يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه ، قل قتال فيه كبير ^(٣) .~~
- ~~٣ — يسألونك عن الخمر والميسر ، قل فيها إثم كبير ^(٤) .~~

(١) يلاحظ أن هذه الأسئلة الفقهية جاءت كلها في سور مدنية .

(٢) البقرة ٢ : ٢١٧ .

(٣) البقرة ٢ : ٢١٥ .

(٤) البقرة ٢ : ٢١٩ .

- ٤ — وَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ ، قُلِ الْعَفْوَ ^(١) .
- ٥ — وَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى ، قُلِ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ^(٢) .
- ٦ — وَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ ، قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ
ولا تقربوهن حتى يَظْهَرْنَ ^(٣) .

٧ — يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ ، قُلِ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ ^(٤) .

٨ — يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ ، قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ ^(٥) .

وجاءت كلمة : « يَسْتَفْتُونَكَ » مرتين ، وهما :

١ — وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ، قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ ^(٦) .

٢ — يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ ^(٧) .

٢٦ — إِذَا كَانَ التَّشْرِيعُ فِي هَذِهِ الْفَتْرَةِ لَا يَقُومُ إِلَّا عَلَى هَذَيْنِ الْمَصْدَرَيْنِ

الْعَظِيمَيْنِ : الْقُرْآنَ ، وَالسَّنةَ . فَكَانَ الرَّسُولُ إِذَا سُئِلَ عَنْ مَسْأَلَةٍ ، أَوْجَدَتْ حَادِثَةً نَقَضَتْ حَكْمًا مِنَ الشَّارِعِ ، يَنْتَظِرُ الْوَحْيَ السَّمَاوِيَّ ؛ فَإِنْ نَزَلَ بِالْمَرَادِ كَانَ بِهَا ، وَإِلَّا كَانَ هَذَا إِيْذَانًا مِنَ اللَّهِ بِأَنَّهُ وَكَّلَ إِلَى رَسُولِهِ أَنْ يَنْطَلِقَ بِالتَّشْرِيعِ اللَّازِمِ ، وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ لَا يَنْطَلِقُ عَنِ الْهَوَى .

وأحياناً أخرى ، كَانَ الرَّسُولُ يَجْتَهِدُ فِي الْحُكْمِ ثُمَّ يَصْدُرُ رَأْيُهُ ، وَهَذَا لَا يُقَرِّئُهُ اللَّهُ عَلَى هَذَا الرَّأْيِ إِلَّا إِذَا كَانَ صَوَابًا . عَلَى أَنَّ الرَّسُولَ كَانَ ، فِي هَذَا الْجَهْدِ ، يَسْتَلْهِمُ طَبْعًا مَا نَزَلَ مِنْ قَانُونِ اللَّهِ وَشَرِيعَتِهِ ، مَعَ تَقْدِيرِ لِهَ الصَّلَاحَةِ وَاسْتِشَارَةِ لِأَصْحَابِهِ . وَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ ، يَجِبُ أَنْ نَجْزِمَ بِأَنَّ كُلَّ التَّشْرِيعَاتِ الَّتِي ظَفَرَ بِهَا الْإِسْلَامُ فِي عَهْدِ الرَّسُولِ كَانَتْ إِلَهِيَّةً ؛ إِمَّا عَنْ طَرِيقٍ مُبَاشِرٍ بِنَزُولِ الْقُرْآنِ بِهَا ، وَإِمَّا عَنْ الرَّسُولِ فِي بَادِيءِ الْأَمْرِ ثُمَّ يُقَرِّئُهُ اللَّهُ عَلَيْهَا .

٢٧ — وَلَيْسَ هُنَا مَجَالُ الْبِتِّ فِي الْخِلَافِ بَيْنَ مَا نَعْنِي اجْتِهَادَ الرَّسُولِ وَمَجِيزِيهِ ؛

فَقَدْ اشْتَدَّ الْخِلَافُ فِي ذَلِكَ بَيْنَ عُلَمَاءِ الْأَصُولِ وَالْفَقْهِ ، وَلِكُلِّ وَجْهَةٍ هُوَ مُؤَلِّفٌ

• (٣) البقرة ٢ : ٢٢٢ .

• (٢) البقرة ٢ : ٢٢٠ .

• (١) البقرة ٢ : ٢١٩ .

• (٦) النساء ٤ : ١٢٧ .

• (٥) الأنفال ٨ : ١ .

• (٤) المائدة ٥ : ٤ .

• (٧) النساء ٤ : ١٢٦ .

وسنده الذى يستند إليه^(١) . ولكن علينا أن نقرر أنه قد جاء فى القرآن نفسه ما يفيد أنه كان للرسول اجتهاد فى بعض النوازل والأحداث ، وأن الله لم يُقرّر على رأيه فى بعض ما ذهب إليه ، وكان منه له من أجل ذلك عتاب شديد أحياناً .

(١) فى مسند الإمام أحمد بن حنبل^(٢) (١٦٤ — ٢٤١ هـ) أنه لما فتح الله على المسلمين يوم « بدر » وأسروا كثيراً من المشركين ، استشار الرسول أبا بكر وعمر وعليهما فيما يصنع بالأسرى . فقال أبو بكر : « يا نبي الله هؤلاء بنو العم والعشيرة والإخوان ، أرى أن نأخذ منهم الفدية فيكون ما أخذنا منهم قوة لنا على الكفار وعسى الله أن يهديهم فيكونوا لنا عضداً » . وقال عمر : « والله ما أرى ما رأى أبو بكر ، ولكنى أرى أن تُمكنني من فلان ، قريباً لعمر ، فأضرب عنقه ، وتمكن علياً من عقيل — هو أخوه — فيضرب عنقه ، وتمكن حمزة من فلان أخيه فيضرب عنقه ، حتى يعلم الله أنه ليست فى قلوبنا هودة للمشركين ، هؤلاء صناديدهم وأئمتهم وقادتهم » . ثم يمضى عمر فى رواية الحديث فيقول : « فهوى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال أبو بكر ولم يهو ما قلت ، فأخذ منهم الفداء . فلما أن كان من الغد ، غدوت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فإذا هو قاعد وأبو بكر ، وإذا هما يبكيان ، فقلت يا رسول الله أخبرني ماذا يبكيك أنت وصاحبك ، فإن وجدت بكاء بكيت ، وإن لم أجد بكاء تبأ كيت لبكائك » . فقال النبي — كما جاء فى رواية أخرى — : « أبكى للذى عرض لأصحابي من أخذهم الفداء ، ولقد عرض على عذابهم أدنى من هذه الشجرة » ، يشير إلى شجرة كانت قريبة منه ، ثم قال : « إن كاد ليَمَسُّنا فى خلاف عمر بن الخطاب عذاب عظيم ، ولو نزل العذاب ما أفلت إلا عمر » .

(١) يمكن أن يرجع القارىء المجلان فى مسألة اجتهاد الرسول إلى بحث قيم للأستاذ الشيخ عبد الجليل عيسى أبو النصر عنوانه : اجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم ، طبع عيسى البابى الحلبي وشركاه عام ١٩٥٠ م .

(٢) ج ١ ص ٢٤٤ — ٢٤٥ ، من نشر الأخ العالم المحقق الشيخ أحمد محمد شاكر ، طبع دار المعارف بمصر سنة ١٩٤٨ م .

وأَنْزَلَ اللهُ تَعَالَى فِي صَدَدِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ هَاتَيْنِ الْآيَتَيْنِ^(١) : « مَا كَانَ لَنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُتَخَيَّنَ فِي الْأَرْضِ ، تَرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يَرِيدُ الْآخِرَةَ ، وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ . لَوْلَا كِتَابٌ مِنَ اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَخَذْتُمْ — أَيْ مِنَ الْقَدَاءِ — بَدَلُ قَتْلِ الْأَسْرَى — عَذَابٌ عَظِيمٌ » .

إِذَا ، قَدْ اجْتَهِدَ الرَّسُولُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، وَاسْتَشَارَ بَعْضَ أَصْحَابِهِ الْأَكْرَمِينَ ، ثُمَّ أَخَذَ بِمَا أَدَاهُ إِلَيْهِ اجْتِهَادُهُ ، وَهُوَ مُوَافِقَةٌ رَأْيِ أَبِي بَكْرٍ ، لَكِنَّ اللَّهَ لَمْ يَقْرَهُ عَلَى مَا رَأَاهُ ، وَأَنْزَلَ فِي ذَلِكَ مِنَ الْقُرْآنِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الرَّأْيَ الْحَقَّ كَانَ خِلَافَ مَا رَأَى .

(ب) اسْتَأْذَنَ بَعْضُ الْمُنَافِقِينَ الرَّسُولَ فِي التَّخَلُّفِ عَنْ غَزْوَةِ تَبُوكَ مُتَقَدِّمِينَ بِأَعْذَارٍ قَبْلَهَا الرَّسُولَ عَلَى ضَعْفٍ فِيهَا ، كَمَا تَخَلَّفَ بَعْضُ الْمُؤْمِنِينَ أَيْضًا ، وَأَذِنَ الرَّسُولُ فِي التَّخَلُّفِ عَنِ الذَّهَابِ مَعَهُ فِي هَذِهِ الْغَزْوَةِ لِلْجَمِيعِ .

لَكِنَّ اللَّهَ ، الَّذِي يَعْلَمُ مَا فِي الضُّمَائِرِ وَالنَّفُوسِ مِنْ نِيَّاتٍ ، لَمْ يَرْضَ مِنْهُ هَذَا الْإِذْنُ ، وَأَفْهَمَهُ أَنَّهُ كَانَ أَوْلَى بِهِ الْفَرِثُ فِي الْإِذْنِ لِمَنْ اسْتَأْذَنُوا حَتَّى يَعْلَمَ الْمُنَافِقِينَ مِنْهُمْ وَالصَّادِقِينَ فِي الْإِعْتِذَارِ ، إِذْ أَنَّ الْأَوَّلِينَ — أَيْ الْمُنَافِقِينَ — كَانُوا سَيَتَخَلَّفُونَ وَإِنْ لَمْ يَأْذَنَ لَهُمْ ، وَفِي ذَلِكَ أَنْزَلَ اللَّهُ قَوْلَهُ تَعَالَى^(٢) : « لَوْ كَانَ عَرَضًا قَرِيبًا وَسَفَرًا قَاصِدًا لَا تَبِعُوكَ وَلَكِنْ بَعَدَتْ عَلَيْهِمُ الشَّقَّةُ ، وَسَيَحْلِفُونَ بِاللَّهِ لَوْ اسْتَطَعْنَا نَخْرُجَنَّاهُمْ مِنْكُمْ يُنْكِرُونَ أَنْفُسَهُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ عَفَا اللَّهُ عَنْكَ ، لِمَ أَذِنْتُ لَهُمْ ! حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَتَعْلَمَ الْكَاذِبِينَ » .

فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : « عَفَا اللَّهُ عَنْكَ ، لِمَ أَذِنْتُ لَهُمْ ! » ؛ يَنْطَوِي عَلَى أَنَّ الرَّسُولَ لَمْ يَصْجِهْ تَوْفِيقَ اللَّهِ فِي اجْتِهَادِهِ وَإِذْنِهِ لِمَنْ اسْتَأْذَنَ ، وَفِيهِمُ الْمُنَافِقُ وَالْمُؤْمِنُ الْحَقُّ ، وَلِهَذَا لَمْ يَقْرَهُ اللَّهُ عَلَى هَذَا الْجَهْدِ .

٢٨ — هَذَا ، وَقَدْ قُلْنَا بِأَنَّ التَّشْرِيعَ فِي هَذِهِ الْفَتْرَةِ مِنَ الدُّورِ الْأَوَّلِ كَانَ يَعْتَمِدُ عَلَى الْمَصْدَرَيْنِ الْعَظِيمَيْنِ : الْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ . وَنَذَكُرُ الْآنَ أَنَّ الْقُرْآنَ كَانَ يَجِيءُ

بالقواعد العامة والأحكام أو التشريعات بصفة إجمالية ، وكان على الرسول تفصيل هذا الإجمال ، وتحديد تلك القواعد العامة .

على أننا نجد في السنة تشريعات لا نجد لها في القرآن ، وإن كانت طبعاً لا تخرج عن روحه ومعانيه ومقاصده . ولا عجب في شيء من ذلك كله ! فهمة الرسول دائماً هي البيان لرسالته بكافة طرق البيان ، بما لا يقصر عن مقاصد صاحب الرسالة وهو الله تعالى .

٢٩ - وقد يكون لنا أن نقول بإيجاز بأن دور الرسول كان دور الشارح المثلث الذي هو القرآن ، إلا أنه شارح مُلهم من الله ، يعمل تحت رعايته ، فلا يُقرّ على خطأ بحال^(١) . ولنذكر بعد ذلك بعض الأمثلة التي توضح ما قلنا ، من أن السنة كانت تقوم بتوضيح ما أجمل الكتاب ، وتفصيل ما جاء به من الكليات حين يكون ذلك ضرورياً .

(١) أمر الله تعالى بالصلاة وشرعها فرضاً علينا ، وجاء ذلك في الكتاب بالنص تارة وبالإشارة أخرى^(٢) . إلا أنه لم يبين لنا أوقاتها ، ولا عدد صلوات كل يوم أو عدد ركعات كل صلاة ، ولا كيفيتها على نحو لا إبهام ولا لبس فيه . فجاءت السنة وبيّنت ذلك كله ، حين صلى الرسول صلى الله عليه وسلم فعلاً وقال : صلوا كما رأيتموني أصلي ، وقد روى لنا أبو هريرة وغيره من الصحابة كيفية صلاة الرسول .

(ب) وكذلك الأمر في الصوم ، فقد فرضه الله بقوله : « شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن ، هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان ، فمن شهد منكم الشهر فليصمه ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر » الآية .

(١) انظر الروض النضير ج ٣ : ١٨٦ ، في الخلاف في جواز اجتهاد الرسول فيما لا نص فيه من الأحكام الشرعية أم لا ، وفي وقوع الاجتهاد منه فعلاً أو عدم وقوعه على القول بجوازه ، وفي الاتفاق على أن الله لا يقره على الخطأ في الاجتهاد في أية حال .

(٢) من ذلك قوله : أفيموا الصلاة ، وقوله : يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا ، وقوله : فسبحان الله حين تمسوا وحين تصبحون وله الحمد في السموات والأرض وعشياً وحين تظهرون .

ثم الرسول هو الذى بين أن المراد به الشهر القمري لا الشمسي ، وأن الصوم يكون من الفجر إلى الغروب ، وأنه يجب لرؤية الهلال ونفطر لرؤيته كما بين حكم المفطر عامداً أو ناسياً ، إلى غير ذلك كله من الأحكام .

(ج) ومثل ذلك كانت الزكاة ، فقد جاء الأمر بها في القرآن بلفظ الزكاة والصدقة في كثير من الآيات ؛ ومنها قوله : وآتوا الزكاة ، وقوله : خذ من أموالهم صدقة تطربهم وتزكّيهم بها ، وقوله : وآتوا حقه يوم حصاده ، وقوله : والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم .

إلا أن السنة هي التي بينت لنا نصاب الزكاة في كل نوع من أنواع الأموال ، يعني النقود والزروع والثمار وعروض التجارة والحيوانات السائمة مثلاً ، كما بينت المقدار الواجب في كل نوع منها ، وهكذا إلى آخر ما يتعلق بتحديد هذه الفريضة تحديداً كافياً^(١) .

(د) وفي الحج ذكر القرآن أنه فرض علينا بقوله تعالى : « وفقه على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً » ، وبقوله : « وأتموا الحج والعمره لله » وأشار إلى الإحرام بقوله : « ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى محله » وإلى الوقوف بعرفة بقوله : فإذا أفضتم من عرفات ، وإلى السعى بين الصفا والمروة بقوله : إن الصفا والمروة من شعائر الله ، وإلى الطواف بالكعبة بقوله : وطهر بيتي للطائفين والقائمين .

(١) فقال في ذلك فيما قال : فيما سقت العيون أو كان عشرياً العشر ، وما سقى بالنضح نصف العشر . وقال : وفي الركاز الخمس . وقال : ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر صدقة ، وليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة ، وليس فيما دون خمس زوّد من الإبل صدقة . والذي يسقى بالنضح ، هو ما يسقى بالآلات ، والوسق ستون صاعاً ، أو حمل البعير ، والصاع مكيال يسع أربعة أمداد ، والمد مكيال يزن عند أهل العراق رطلين ، والرطل عندم ١٢٨ درهم على الأظهر من التقديرات . والذود من الإبل ما بين الثلاث إلى العشر ، والمراد خمسة من الإبل .

ع - ثم جاءت السنة فبينت كيفية الإحرام ومواقيته ومتى يكون واجباً ، ومحظوراته ، والحكم فيمن يجترح شيئاً منها ، وعدد مرات السعى وكيفيته ، وحدود عرفة والزمن الذي يجب الوقوف فيه بهذا المشعر ، إلى غير هذا وذلك مما يتعلق بالحج حتى صار معروفاً تماماً لنا كما فعله الرسول ورواه عنه كثير من صحابته رضوان الله عليهم هكذا كانت السنة مبينة للقرآن ، وفي ذلك يقول الله تعالى : « وأنزلنا إليك الذِّكْرَ لتبين للناس ما نزل إليهم » ، وكان الرسول مشرعاً بفعله وقوله وتقريره حتى لبعض ما لم يرد في القرآن ولو مجملاً كزكاة الفطر ، وإن كان الله هو المشرع الأعظم مادام الرسول كان يستلهم دائماً القرآن : نصه وروحه ، ومقاصده التي ترمى دائماً لصالح الفرد والجماعة معاً^(١) .

✂ هذا ، « ومن تتبع فقه القرآن والسنة ، وجد أن كل فرع من فروع القوانين له في القرآن مواد تخصه وتبين أحكامه .

ففي العبادات بأنواعها نحو ١٤٠ آية ؛ وفي الأحوال الشخصية ، من زواج وطلاق وإرث ووصية وحجر وغيرها نحو سبعين آية ؛ وفي المجموعة المدنية ، من بيع وإجارة ورهن وشركة وتجارة ومداينة وغيرها ، نحو سبعين آية ، وفي المجموعة الجنائية من عقوبات وتحقيق جنایات ، نحو ثلاثين آية ، وفي القضاء والشهادة وما يتعلق بها نحو عشرين آية .

وفي كل باب من هذه الأبواب كثير من الأحاديث ؛ بعضها يبين حكماً أجماله القرآن وبعضها يشرع حكماً سكت عنه . وقد كملت هذه الأحكام الجزئية بعدة أصول

(١) راجع لإعلام الموقعين ، ج ٢ : ٢٣٧ - ٢٣٩ ، في الكلام على أن مهمة الرسول كانت تفصيل ما في الكتاب الكريم من إجمال ، وتحديد ما يكون لبعض أحكامه من شروط وموانع وتبؤد وأوقات وأحوال وأوصاف ، ومن ذلك بيانه أن القاتل والكافر والرقيق لا يرث مع أن القرآن يقول في إطلاق في سورة النساء : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ، أي أن السنة زادت في أسباب الميراث مع وصف الولادة اتحاد الدين وعدم الرق والقتل .

تشريعية كلية ، وبهذا خلف عهد الرسول تشريعاً كاملاً وافياً بمحاجات المسلمين في كل بيئة ^(١) .

~~٣٢ — ونقول بعد ذلك ، بأن كثيراً من رجال الحديث والفقهاء قد رتبوا ما صح عندهم من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم على أبواب الفقه ، بحيث تسهل معرفة مدى أثر السنة في الفقه الإسلامي بجانب القرآن الذي هو المصدر والأساس الأول للفقه وما شمل من تشريعات ، وإن كانت السنة — مع ذلك — مصدراً لا غنى عنه بحال بجانب القرآن العظيم .~~

~~وبهذا لم ينتقل الرسول للرفيق الأعلى إلا وقد كان للفقه تام الأصول الكلية والقواعد العامة ، ولذلك يقول الله تعالى في آخر عهد الرسول : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً » .~~

الدور الثاني دور السباب :

٣٢ — في هذا الدور الذي انقضى بعد القرن الأول بقليل ، نجد الإسلام أخذ يمتد شرقاً وغرباً وشمالاً وجنوباً ، إذ فتح الله على المسلمين العراق والشام ومصر ، وبلدان شمال أفريقيا وغيرها .

ولكل من هذه البلاد حضارتها المتشعبة النواحي ، ولكل منها أيضاً عوائدها وتقاليدها وأعرافها وقوانينها ، والاختلاط الذي تم بين العرب وأهالي هذه البلاد المختلفة أثره المحتوم الذي ظهر فيما بعد بصور شتى في التفكير وغيره ، ومع ذلك كله حصل أن كثرت الحوادث والنوازل التي تتطلب أحكاماً لها ، وظهرت مشاكل تنظر حلها ، لأن المأثور من تشريعات الرسول وأحكامه وأقضيته أصبح غير واف بهذه الحوادث والمعاملات التي تزيد وتتجدد كل آن ، فكان لكل هذا أثره في نمو الفقه والتشريع .

٣٣ — وثمة عامل آخر كان له أثر كبير واضح في هذه الناحية ، في هذه الفترة

(١) علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامي ، للأستاذ الشيخ عبد الوهاب

وما تلاها ، وهو هجرة كثير من الصحابة ، بعد عهد عمر بن الخطاب ، إلى تلك الأقطار والبلاد التي عرفها المسلمون وزحوا إليها ، وما جاء نتيجة لذلك من شيوع التحديث عن الرسول والأخذ في تعمق القرآن واستنباط الأحكام التي شعروا بالحاجة لها منه أو مما يروونه صحيحاً من أحاديث الرسول .

ومن الطبيعي أن يكون لهذه العوامل أثرها في الفقه وفي ظهور الاجتهاد والمجتهدين ، إذ كان كل من الصحابة القادرين على تعمق القرآن يجتهد في فهمه وفهم ما ثبت عنده من حديث الرسول ، فقد كان هذا الحديث أو ذاك قد يصح عند البعض دون البعض الآخر .

وهكذا بدأ الفقه الإسلامي يتكوّن ، وبدأت أصوله تُعرف وتتميز ، نعى الكتاب والسنة والقياس والإجماع ، وأخذت أعراف وقوانين البلاد المختلفة ، التي أصبحت تحت راية الإسلام وتكوّن جسم الدولة الإسلامية ، تؤثر في الفقه والتشريع بصفة عامة أثراً غير قليل .

~~٣ - ونحب ، قبل أن ندخل في التفصيل بعدما كان من إجمال ، أن نشير إلى أنه في عصر الخلفاء الراشدين ، وهو ثلاثون سنة من تولية أبي بكر إلى زول الحسن بن عليّ لمعاوية بن أبي سفيان ، اختلف المسلمون لعوامل مختلفة فرقا عديدة ، وكان من أهم هذه الفرق الخوارج والشيعة ، وكان لكل من هذه الفرق أصولها في الدين ومنهجها في الفقه والتشريع .~~

~~فالخوارج مثلاً ، كانوا لا يرون صحة ما روي عن الأحاديث عن طريق عثمان وعليّ ومعاوية ومن إليهم ، أي لا يعتمدون من الحديث إلا ما روي عن طريق رجالهم ؛ ومن ثمّ ، كان حظهم من العمل بالحديث قليلاً ، وكانت لهم مبادئ وآراء فقهية خاصة بهم .~~
~~وقريب من ذلك أمر الشيعة ، فقد رفضوا من الحديث كل ما لم يُرو عن عليّ وآل البيت ؛ فصار لهم فقه خاص بهم يختلف كثيراً أو قليلاً عن فقه أهل السنة ، كما لم يجتهدوا ومراجعتهم وتأليفهم الخاصة بهم ، ولا يعترفون بجانب ذلك بالأئمة الأربعة المعروفين أئمة في الفقه والتشريع .~~

٣٥ — وبعد ! كان أبو بكر رضى الله إذا سئل عن شيء أو جاءه خصم في قضية من القضايا ، نظر أولاً إلى القرآن ، فإن وجد فيه حكم الواقعة المطلوب معرفة حكم الله فيها قضي به . فإن لم يجد ، لجأ إلى ما يعرفه من أحاديث الرسول ، فإن وجد طلبته قضي به . فإن لم يجد ما يريد ، لا في الكتاب ولا في السنة ، لجأ إلى الصحابة ؛ فإن وجد عند أحدهم في ذلك شيئاً عن الرسول قضي به ، وحمد الله على أن في الأمة من يحفظ علم رسوله . وإن أعياء الأمر ، جمع من يرى من خيار الناس وأهل الرأي والعلم فاستشارهم ، ثم يقضى بما يجتمعون عليه .

وكذلك كان يفعل عمر الفاروق بعد أن آلت إليه خلافة المسلمين ، إلا أنه كان يتحرى رأى أبي بكر ، إن كان له رأى في الحادثة ، إن لم يجد ما ينبغي في القرآن والحديث ؛ فإن لم يجد لأبي بكر قضاء في المسألة ، أخذ بما يجمع عليه أهل العلم والرأى من الصحابة .

~~كـ~~ — وليس معنى هذا أن أبا بكر وعمر كانا لا يجتهدان في المسائل التي جدت في أيامهما ، إن لم يجدا حكم الله في الكتاب والحديث ؛ بل كانا يجتهدان ويستعملان القياس ، وبخاصة عمر الذي يعرف له التاريخ آراء في أيام الرسول نزل القرآن موافقاً لها .

إلا أن عمر نفسه ، وهو الأملئ الذي كان يجتهد في رأى بنور الله ، كان يتخوف على الناس أن يجتهدوا بآرائهم فلا يوفقوا دائماً للحق الذي هو حكم الله . ومن ثم نبذه يكتب لشريح بن الحارث الكندي المتوفى عام ٨٠ وقيل عام ٨٧ ، حين ولاه قضاء الكوفة ، فيقول له إن جاءك شيء في كتاب الله فاقض به ولا يلفتك عنه الرجال ، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولم يتكلم فيه أحد قبلك ، فاختر أي الأمرين شئت : إن شئت أن تجتهد برأيك فتقدم ، وإن شئت أن تتأخر فتأخر ، ولا أرى التأخير إلا خيراً لك^(١) .

(١) انظر في هذا ، وفي كيفية وصول الشيخ (أبي بكر وعمر) لحكم الله ، إعلام الموقعين لابن القيم ، ج ١ : ٥١ و ٧٠ ؛ والفكر السامى للعجوى ، ج ٢ : ١٠ — ١١ ؛ والروض الأخير لشرف الدين الصنعاني ، ج ٣ : ٤٣٤ — ٤٣٥ .

٣٧ - وإلى تشدد الصحابة في الاجتهاد بالرأى ، مخافة القول على الله بلا علم وبغير الحق ، ينبغي أن نضيف أن الشيخين بخاصة كانا يتشددان في رواية الحديث والإكثار منه على الرسول ؛ إذ كانا يخافان الوقوع في الكذب ، كما يخافان انصراف الناس عن القرآن واستنباط الأحكام الشرعية منه .

روى الحافظ الذهبي المتوفى عام ٧٤٨ هـ أن أبا بكر جمع الناس بعد وفاة النبي فقال : « إنكم تحدثون عن رسول الله أحاديث تختلفون فيها ، والناس بعدكم أشد اختلافًا ، فلا تحدثوا عن رسول الله شيئًا . فمن سألكم ، فقولوا بيننا وبينكم كتاب الله ، فاستحلوا حلاله وحرّموا حرامه » (١) .

كما روى أيضاً الذهبي (ج ١ : ٧) عن الشعبي عن قرظة بن كعب ، قال : « لما سیرنا عمر إلى العراق متي معنا وقال : أتدرون لم شيعتكم ؟ قالوا : نعم ، مكرمة لنا . قال : ومع ذلك فإنكم تأتون أهل قرية لهم دوى بالقرآن كدوى النحل ، فلا تصدوم بالأحاديث فتشغلونهم . جرّدوا القرآن ، وأقلّوا الرواية عن رسول الله وأنا شريككم » . فلما قدموا قرظة ، قالوا : حدثنا ، فقال : نهانا عمر (٢) .

٣٨ - ومن أجل ذلك ، سئل أبو هريرة : أكنت تحدث في زمان عمر هكذا ؟ فقال لو كنت أحدث في زمان عمر مثل ما أحدثكم لضربني بمخفقتي (أي عصاه) (٣) . كما روى أن عمر حبس ثلاثة : ابن مسعود وأبا الدرداء وأبا مسعود الأنصاري ، فقال : أكثرتم الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك أيضا ، يقول رجاء بن أبي سلمة : بلغني أن معاوية كان يقول عليكم من الحديث بما كان في عهد عمر ، فإنه كان قد أخاف الناس في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(١) تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ٣ .

(٢) تطلق القرية ويراد بها البلد أو القطر كله وهو العراق هنا ، وفي القرآن في سورة يوسف « واسأل القرية التي كنا فيها » ، أي مصر .

(٣) المصدر السابق نفسه ص ٧ .

وما ينبغي لنا أن نرى في شيء من هذا عدم اعتبار الصحابة للسنة مصدراً للتشريع بعد القرآن . إنهم كانوا بلا ريب يرونها المصدر الثاني بعد الكتاب ، وسند كرم بعض المثل لذلك ، ولكنهم كانوا يتشدّدون في الرواية للحديث خشية الكذب أو الخطأ في بعض ما يُروى عن الرسول ، وهكذا كان الشك في الحديث فيما بعد من عوامل ظهور الرأي في الفقه .

٣٩ — جاءت جدّة أبا بكر تسأله القضاء لها بميراثها ، فقال لا أعلم لك شيئاً في كتاب الله ، ولا أعلم أن رسول الله ذكر لك شيئاً ، ولكن سأسأل الناس لعل عند أحد منهم علماً بذلك . وحينئذ قام المغيرة بن شعبة فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيها الشّمس ، فطلب أبو بكر من يعلم ذلك غيره فصدّقه محمد ابن مسleme ، ف قضى بذلك أبو بكر^(١) .

وكذلك كان من عمر ، كما جاء بتذكرة الحفاظ أيضاً . فقد روى هشام عن أبيه المغيرة بن شعبة أن عمر استشار الناس في سيقط المرأة إذا نزل بتعدّي من أحد ، فقال المغيرة بن شعبة قضى فيه رسول الله بغرة^(٢) ، فطلب عمر شاهداً معه فكان محمد بن مسleme أيضاً هو الشاهد بأن هذا هو قضاء الرسول ، فرضى عمر وأمضى هذا الرأي^(٣) .

٤٠ — من هذين المثالين^(٤) وغيرهما كثير ، نعلم مقدار احترام الشيخين للسنة واعتبارها المصور الأساسى الثانى للتشريع ، كما نعلم أنهما لم يكونا يتهمان الصحابة الآخرين بالكذب عمداً على الرسول ولكن هو الاحتياط في الشريعة والرغبة في الثبوت مما يروى عنه .

فقد ذكر صاحب تذكرة الحفاظ أيضاً أن عمر قال لأبيّ ، وقد روى له حديثاً

(١) تذكرة الحفاظ ، ج ١ ص ٣ .

(٢) الغرة ، هي عبد أو أمة .

(٣) تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ٨ .

(٤) تاريخ التفسير الإسلامى للخضرى ، ص ١١١ — ١١٢

لتأيتني على ما تقول بيينة ، فخرج فإذا ناس من الأنصار فذكر لهم ما كان منه ومن عمر ، فقالوا قد سمعنا هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال عمر : أما أني لم أتهمك ، ولكني أحبت أن أثبت^(١) .

٤١ - ومهما يكن ، فقد كان هذا عاملاً قوياً في الإقلال من رواية الحديث في هذه الفترة من حياة المسلمين في فجر الإسلام ، وفي عدم العمل إلا بما يكون موثقاً منه بأن ثبت عن الرسول بشهادة اثنين روي الحديث الواحد . كما كان سبباً من أسباب قلة الاختلاف في الأحكام الشرعية ، مادام الحكم يجب أن يستند للكتاب أو السنة المعروفة ، لأن التحديث عن الرسول كان حينذاك رهيباً مهيباً .

على أن هذا التشدد في الحديث للثبوت فيما يروي عن رسول رب العالمين ، لهذا السبب أو غيره ، كان له بلا ريب قيمته وأثره في الفقه وتكوينه ، إذ كان من عوامل الجنوح للأخذ بالرأي بطريق الاجتهاد استنباطاً من القرآن والثابت من السنة وبذلك ظهر مصدر جديد من مصادر الفقه وينابيعه ، وهذا ما سنراه يتسع كثيراً في المستقبل ، إلى درجة أن يقال هناك مدرستان : مدرسة الحديث ومدرسة الرأي وإن كان هذا التقابل بين المدرستين ليس صحيحاً دائماً على ما سيجيء .

~~٤٢ - وهنا تظهر لنا مشكلة شرعية تتطأب الحل . لقد رأينا الصحابة يلجأون للرأي اجتهاداً منهم ، وذلك حين يجدون حكم الحادثة التي عرضت لهم في الكتاب المحكم أو السنة الثابتة المعروفة ، وكان الحكم الذي يصدر عنهم ويجمعون عليه يعتبر حكماً لا يسع أحداً خلافة ، كما لو كان منصوصاً عليه في القرآن أو السنة .~~

~~فهل كان الأمر كذلك في قول أو رأي صحابي واحد ، أي هل يجوز أن يكون رأيه الذي ذهب إليه اجتهاداً منه حجة ليس لنا أن نعيد عنه ؟ ويحسن بنا ، في طريق حل هذه المشكلة ، أن ننظر لعامل الزمن والتاريخ .~~

٤٤ - إننا حين نرجع لأقاويل الصحابة أنفسهم ، حين كان أحدهم يفتي برأيه مجتهداً ، نجد الواحد منهم كان لا يرى من الحتم الأخذ برأيه لاحتماله الخطأ ، كما يحتمل الصواب ، وليس لأحد حمل الناس على ما فيه هذا الاحتمال .

لقد كان الصديق إذا اجتهد وبان له الرأي الذي يعتقده حقاً ، يقول مع ذلك : هذا رأيي ؛ فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمني وأستغفر الله . وكذلك كان صنيع عمر من بعده ؛ فقد كتب كاتب له في مسألة من المسائل : هذا ما رأى الله ورأى عمر ، فقال له : بثما قلت ! هذا ما رأى عمر ؛ فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمن عمر . ثم قال : السنة ما سنَّ الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأي [يريد ، فيما نرى الرأي الذي قد يكون خطأ] سنة للأمة .

وذكر المرحوم الشيخ الخضرى بك في كتابه « تاريخ التشريع » (ص ١١٨) حادثة قريبة من هذا ، فيقول : « روى محمد بن الحسن ، قال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم النخعي أن رجلاً تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ، فمات قبل أن يدخل بها ، فقال عبد الله بن مسعود (صحابي جليل توفي عام ٣٢ هـ) لها صداق مثليها لا وكس ولا شطط . فلما قضى ، قال : فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان والله ورسوله بريئان . فقال رجل من جلسائه — بلغنا أنه معقل بن سنان الأشجعي ، وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم — قضيت ، والذي يخلف به ، بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في برؤوع بنت واشق الأشجعية . قال : يفرخ عبد الله فرحاً ما فرح قبلها مثليها ، لموافقة قوله قول رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

هذا ما كان يراه كبار الصحابة عند ما يفتي أحدهم برأيه عن الاجتهاد ، فلا يرونه ملزماً للأمة وحجة على الناس جميعاً ، مادام احتماله للخطأ قائماً ، وبالأولى كان الأمر كذلك عند كبار التابعين .

٤٥ - أما إذا طوينا الزمن وانتقلنا إلى العصر الوسيط ، فإننا نجد مثلاً الإمام

ابن القيم المتوفى عام ٧٥١ هـ يعقد ، لقول الصحابي برأيه ، فصلا يقول فيه ما ذكره مع شيء من الإيجاز^(١) .

إذا قال الصحابي قولاً ؛ فإما أن يخالفه صحابي آخر ، وإما ألا يخالفه . فإن خالفه مثله لم يكن قول أحدهما حجة على الآخر ؛ وإن خالفه أعلم منه ، كما إذا خالف الخلفاء الراشدين أو بعضهم غيرهم من الصحابة في حكم ، فالصحيح أن الجانب الذي فيه الخلفاء أو بعضهم أرجح وأولى أن يؤخذ به .

فإن كان الأربعة في شق ، فلا شك أنه الصواب . وإن كان أكثرهم في شق ، فالصواب فيه أغلب . وإن كانوا اثنين اثنين ، فشق أبي بكر وعمر أقرب إلى الصواب . فإن اختلف هذان ، فالصواب مع أبي بكر . وهذه جملة لا يعرف جملتها إلا من له خبرة واطلاع على ما اختلفوا فيه ، وعلى الراحح من أقوالهم . ولا يحفظ للصديق خلاف نص واحد أبداً ، ولا يعرف له حكم ولا فتوى مأخذها ضعيف أبداً ، وهو تحقيق لتكون خلافته نبوة .

وإن لم يخالف صحابي صحابياً آخر ، واشتهر قوله في الصحابة ، فالذي عليه جماهير الفقهاء أنه إجماع وحجة ، وقالت طائفة منهم هو حجة وليس بإجماع ، وقالت شريحة من المتكلمين وبعض الفقهاء من المتأخرين لا يكون إجماعاً ولا حجة .

وإن لم يشتهر قوله ، أو لم يعلم هل اشتهر أم لا ، فالذي عليه جمهور الأمة أنه حجة ؛ وهو قول جمهور الحنفية صريح به محمد بن الحسن ومذهب مالك وأصحابه وتصرفه في موطأه دليل عليه ، ومنصوص الإمام أحمد بن حنبل في غير موضع عنه واختيار جمهور أصحابه ، ومنصوص الشافعي في مذهبه القديم ومذهبه الجديد .

✕ — من ذلك كله ، نرى أن المتأخرين قد أعطوا الإجتهد الصحابي برأيه في الأحكام الفقهية قيمة وقدرًا أكثر مما كان يعطى الصحابة أنفسهم لأرائهم الاجتهادية ، نغني فيما ليس فيه نص من كتاب أو سنة . ونعتقد أن هذا أمر

(١) إلام الموقعين ، ج ٤ : ١٠٣ وما بعدها .

طبيعي ، فإن الصحابة رضوان الله عليهم ، لصحبتهم للرسول ، كانوا أعلم وأقرب لمعرفة حكم الله عن جاء بعدهم .

هذا من ناحية ؛ ومن ناحية أخرى ، نراهم لشدة ورعهم وخوفهم من القول على الله في التشريع بلا علم ، كان الواحد منهم ، مهما كانت منزلته عالية ، لا يرى وجوب حمل الناس على رأيه الذي قد يحتمل الخطأ وإن كان أقرب إلى الصواب .

٤٨ - أما في العصور التي جاءت بعد عصر الصحابة والتابعين ، فمن الحق عرفان قدرهم تماماً لهم ، ووجوب العمل بأرائهم الحق ، هذه الآراء التي لم يقولوا بها إلا مستلهمين كتاب الله وسنة رسوله وروح الإسلام ، وقد كانوا بلا ريب أقرب إلى فهم كل ذلك فهماً حقاً منا نحن هذه الأيام ، على أن هذا لا يمنعنا من اعتبار تغير البيئات والأعراف وما يجب أن يكون لذلك من تأثير .

وإذا كان عمر بن الخطاب كان يتعزى رأى الخليفة الأول أبي بكر ، كما ذكرنا من قبل ، ليأخذ به ، فإن هذا لا يمنع من القول بأنه حصلت اختلافات بينهما تمسك فيها عمر برأيه إذ بان له أنه الحق في زمنه ، كما حصلت اختلافات أخرى بين آراء الصحابة بصفة عامة .

ونرى من الخير أن نذكر بعض المثل لهذه الاختلافات ، التي كانت بين صحابي وآخر أو بين صحابي وأحد التابعين في زمن واحد ، محاولين تعرّف الأسباب التي أدّت إلى هذه الاختلافات .

٤٧ - (١) كان أبو بكر في خلافته يُسوّي بين المسلمين في أعطياتهم ، فلا يفضل أحداً منهم على آخر . فلما ذُكِّرَ بأن الخير في التفاضل لما للبعض من الفضل على البعض ، بسبب سبقه في الإسلام أو قدمه في الجهاد في سبيل الله ، ردّ بأنه من أعرف المسلمين بهذا ، ولكن يدع ذلك الله يثيب عليه ، أما الأعطيات

فهي للمعاش فالأُسوة فيها خير من الأثرَة وفي هذا يقول في بعض الروايات :
« فضائلهم عند الله ، فأما هذا المعاش فالتسوية فيه خير ^(١) » .

فلما صارت الخلافة إلى عمر الفاروق ، وجاءت الفتوح بمال كثير ، عدل عما كان يراه أبو بكر ؛ إذ رأى ألا يسوّى بين من قاتل رسول الله ومن قاتل معه ، وكان من كلامه في ذلك : « ما أنا فيه [أى في المال] إلا كأحدكم ، ولكنّا على منازلنا من كتاب الله عزّ وجلّ وقسمنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم . فالرجل وتلادّه في الإسلام ، والرجل وغناؤه في الإسلام ، والرجل وحاجته في الإسلام » . وهكذا ، فضّل عمر البعض على البعض في العطاء ^(٢) .

وفي رأينا أن عمر كان ينشد بما ذهب إليه التسوية أيضاً ، لأن من التسوية بين المسلمين أن يأخذ كل منهم بقدر ما قدم من خير في الإسلام ، وبقدر ما هو في حاجة إليه ؛ وليس من التسوية أن يكون الجميع سواء في المال الذي آتاهم الله بما فتح عليهم من البلاد ، بجهاد الفاتحين وبرهبة الإسلام بما صار له من شأن وشوكة وتقوذ بفضل السابقين من المجاهدين الأولين ، ولهذا يقول عمر في بعض ما روى عنه في ذلك الأمر : « ما يريد ابن الخطاب بهذا إلا العدل والتسوية » وذلك حين قال له بعض المسلمين : « يا ابن الخطاب أنشدك بالله في العدل والتسوية » ^(٣) .

٤٨ — (ب) وأكبر من هذا الخلاف أثرًا في بناء الدولة حينذاك ، اختلاف عمر والصحابة في قسمة الأراضى التي فتحها الله على المسلمين ؛ هل تكون للمحاربين المجاهدين الذين فتحوها وحدهم ، أو تترك لأهلها مع وضع الخراج عليهم لينفق على المسلمين عامة طوال الأزمان ^(٤) .

(١) كتاب الأموال لأبي عبد القاسم بن سلام ص ٢٦٣ .

(٢) تاريخ التشرية للحضري بك ص ١٢٦ ؛ الفكر السامى للحجوى ، ج ٢ : ٢٥٠ ؛ وانظر في تطبيق عمر مبدأ التفضيل فعلا ، كتاب الأموال لأبي عبيد ، ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٣) كتاب الأموال ص ٢٦٣ .

(٤) انظر في هذا الخلاف كتاب الأموال ص ٥٧ وما بعدها ؛ الحضري بك تاريخ التشرية ، ص ١٢٤ وما بعدها ؛ الفكر السامى للحجوى . ج ٢ : ١٧ — ١٨ .

ذلك ، أنه لما تم فتح العراق والشام وغيرها من الأقطار في عهد عمر ، رأى الفاروق ألا تقسم الأرض بين الفاتحين ، بل تبقى خراجية ينتفعون بها هم ومن يجيء بعدهم من المسلمين ، وكان من كلامه في هذا : كيف بمن يأتي من المسلمين فيجد الأرض قد قُسمت وورثت عن الآباء ! ما هذا برأى والله يقول في مصرف الفقيء^(١) « للفقراء المهاجرين الذين أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصَرُونَ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ ، وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ، وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَؤُوفٌ رَحِيمٌ^(٢) » . وَلَا يَتَصَوَّرُ بقاء شيء لمن يأتي بعد أولئك الفاتحين ، إذا قسمت الأرض بينهم .

لكن المعارضين ذكروا أنه كيف يقف عمر ما أفاء الله عليهم بأسيا فهم على قوم لم يحضروا الحرب ، ثم على أبنائهم وذريَّاتهم أيضا من بعد ! وقال عبد الرحمن بن عوف . ما الأرض العلوج (أى مُلَّاك هذه الأرض) إلا بما أفاء الله على الفاتحين ، يريد أن أربعة أخماسها هي لهم ينص آية الأنفال التي تقول : « واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خُمُسُهُ وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل^(٣) » . أما الباقي فيكون للفاتحين .

وهنا ، وقد اشتد الخلاف ، لم ير عمر إلا أن يستشير ، فاستشار المهاجرين الأولين فاختلفوا فيما بينهم أيضا ، فعَمَدَ إلى تحكيم عشرة من الأنصار خمسة من الأوس وخمسة من الخزرج ، رغبة منه في أن يَشْرَكَوه في الأمانة التي حُمِّلَهَا .

(١) الفقيء يراد به هنا : الغنيمة .

(٢) الحضر م ٥٩ — ٨ ، ٩ ، ١٠ .

(٣) الأنفال م ٨ — ٤١ .

فلما اجتمعوا وتكلم مخالفوه بما يَرَوْنَ من رأى وحُجَّة ، قال — فيما قال — بأنه لم يبق شيء يُفْتَح بعد أرض كِسْرَى ، وقد رأيت بعد صرف الخمس في وجوهه أن أحبس الأرض بعلوجها ، وأضع عليهم الخراج وفي رقابهم الجزية يُؤدُّونها ، فتكون فيئاً للمسلمين الحاضرين ولمن يأتي بعدهم . أرايتم هذه الثغور ، لا بُدَّ لها من رجال يلزمونها ! أرايتم هذه المدن العظيمة ، كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر ، لا بُدَّ لها أن تُشَحَن بالجيوش وإضرار العطاء عليهم ، فمن أين يُعْطَى هؤلاء إذا قسمتُ الأرضين والعلوج ؟

وكانت النتيجة أن أعطى المُحَكِّمُونَ ، بعد وَزَن كل رأى ودليله ، الرأى لعمر ولم يَسَعْ المخالفين إلا الرضاء به ، وكان هذا إلهاما من الله وتوفيقاً للخير العام في العاجل والآجل من الزمان .

→ ويجب أن نلاحظ في هذه المشكلة أن كل فريق كان يستند إلى القرآن ، فالمخالفون لعمر كانوا يستندون إلى آية الأنفال وإلى فعل الرسول عليه الصلاة والسلام حين قسم خيبر أرض اليهود بين الفاتحين من ماب التشجيع .

أما عمر فكان يستند إلى آيات سورة الحشر ، وإلى أن الأراضي موضوع النزاع أجل وأعظم بكثير من أن تقسم بين الفاتحين وحدهم ، وبخاصة وهي كل ما كان المسلمون يرجون فتحه في تلك الأيام ، كما نظر إلى المستقبل البعيد ، وفي هذا يقول : « لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها [أي بين الفاتحين] كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر^(١) ولذلك كله كان رأيه في زمنه وقد تغيرت الحال هو الرأى السيد الموافق للمصلحة العامة للمسلمين .

٥٠ — ج) وهذا خلاف من نوع آخر ، لأنه من صميم الفقه وفي مسألة من مسائل الميراث . ذلك أنه كان رأى أبي بكر أن الجدَّ يحبب الإخوة فلا يرثون

(١) مسند ابن حنبل ، ج ١ : ٢٧٦ ؛ الأموال لأبي عبيد ، ص ٥٦ — ٥٧ .

معه ، كما لا يرثون مع الأب بنص الكتاب والسنة . لكن عمر رأى أن الحد ليس في الحقيقة أبا ، فهو إذاً لا يحجب الإخوة ، بل لهم معه في التركة نصيب معروف .
ولعل أبا بكر نظر إلى قول الله حاكياً عن يوسف عليه السلام « وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ^(١) » مع أن يعقوب وحده هو الذي كان الأب دون إسحاق وإبراهيم إذ كانا جدّين . أما عمر رضوان الله عليه ، فقد نظر إلى الحقيقة لا المجاز .

٥١ - (د) جرى الأمر طوال عهد أبي بكر وسنتين أو ثلاثاً من خلافة عمر على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلقة واحدة رجعية ، لكن عمر جعله طلاقاً ثلاثاً حقاً تبين به الزوجة بَيِّنُونَةً كبرى فليس له أن يسترجعها لعصمته حتى تزوج غيره ويدخل بها ثم يطلقها ، وقال في ذلك : « إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ! » فأمضاه عليهم ^(٢) عقوبة لهم على إسرعهم في الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله .

وهنا نجد كثيراً من الصحابة يخالفونه فيما رأى ذاهبين إلى أن هذا الطلاق الثلاث طلقة واحدة ، متبعين في ذلك النصوص وحكم الرسول وأبي بكر ، ومنهم عليّ وأبو موسى الأشعري والزبير بن العوام وعبد الله بن عباس ^(٣) .

ومما يذكر هنا ، أن المحاكم الشرعية ، حسب قانونها الجديد المعمول به الآن تأخذ بما كان قبل عهد عمر من جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة رجعية واحدة ، ونظن أن في هذا تيسيراً على الناس ، فضلاً عن إتفاقه مع النص وعمل الرسول .

٥١ - (هـ) ومن المعروف أنه حرام بنص القرآن أن تزوج مطلقاً إلا بعد انتهاء كحدتها . لكن امرأة فعلت ذلك في عهد عمر ، فأمر بالتفريق بينهما وضرب

(١) سورة يوسف ١٢ - ٣٨

(٢) لإعلام الموقعين ، ج ٣ : ٢٤ .

(٣) المصدر نفسه ، ج ٣ : ٢٥ وما بعدها .

الزوج بدريته : أى عصاه ، وقال أيماء امرأة نكحت في عدتها ؛ فإذا كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرّق بينهما ، واعتدت عدتها من الأول ثم كان [أى الثانى] خاطباً من الخطاب ؛ وإن كان قد دخل بها فرّق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت عدتها من الآخر ثم لم ينكحها أبداً .

لكن علياً بن أبى طالب ، الخليفة الرابع من الخلفاء الراشدين ، خالف عمر فيما ذهب إليه من تحريم زواج هذه المطلقة من الذى تزوجها في عدتها ، ورأى أن هذا الزوج له أن يتزوج بها إن شاء بعد أن تتم عدتها من الأول^(١) .

وهنا نلاحظ أنه ليس في القرآن ولا في سنة الرسول ما يشهد لأحد الرأيين . إلا أن عمر بن الخطاب ذهب إلى ما ذهب إليه زجراً عن مخالفة أمر الله وسداً للباب الفساد ، على حين تمسك علىّ بأنه ليس في القرآن أو السنة ما يوجب تحريم أن يتزوجها الزوج الثانى بعد تمام عدتها من الأول أخذاً بالأصول العامة .

٥٢ — (و) ومن باب الخلاف في الطلاق والعدة أيضاً ما كان سببه الاختلاف في تفسير لفظ « القرء » في آية : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء^(٢) » فإن اللغة تقول بأن القرء هو الحيضة ، وهو الطهر أيضاً .

ولذلك ، ذهب ابن مسعود إلى أن عدة المطلقة لا تنتهى إلا باغتسالها من الحيضة الثالثة ، لأنه يرى أن « القرء » هو الطهر ، وهذا رأى عمر أيضاً . لكن زيداً بن ثابت ، وهو صحابى من الراسخين في العلم ومن كتّاب الوحي للرسول وتوفى عام ٤٥ هـ يرى أن « القرء » هو الحيضة ، ولهذا ذهب إلى أن العدة تنتهى متى دخلت المطلقة في الحيضة الثالثة ، أى تنتهى قبل الاغتسال منها .

٥٣ — (ز) وفي المتوفى عنها زوجها قبل الدخول بها ، ولم يكن قد سمى لها مهرأ ، ذهب عبد الله بن مسعود إلى أن لها مهراً مثلها يلا وكس ولا شطط ، وقد

(١) تاريخ التشريع للخضرى ، ص ١١٩ ؛ الفكر السامى ، ج ٢ : ٤٧ .

(٢) سورة البقرة ، م ٢ — ٢٢٨ .

شهد له بذلك حديث رواه رجل من أشجع وهو مَعْقِل بن سِنان على ما تقدم ذكره .

لكن الإمام علياً بن أبي طالب ذهب إلى أنه لا صداق لها قياساً على ما لو كان الزواج قد انتهى بالطلاق لا بالموت ، وفي هذه الحالة يقول الله تعالى : « لا جناح عليكم إن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ^(١) » .

إذاً ، الإمام عليٌّ يقيس ، كما قلنا ، الموت على الطلاق ، ويقول بأنه لا يقبل قول أعرابي من أشجع على كتاب الله ! فَقَدَّمَ القياس على خبر الواحد وهو مذهب الأحناف . على حين أن عبد الله بن مسعود لا يرى هذا القياس ، بل رأى الأخذ بخبر الواحد ، وهو الحديث الذي رواه عن الرسول مَعْقِل بن سِنان ^(٢) .

ومح نرى أنه ما دام القرآن حكم بأن المطلق وقد طلق باختياره وَنَكَبَ المرأة بفعله ، لا صداق عليه في هذه الحالة ، فبالأولى ، كما ذهب الإمام عليٌّ ، يكون الميت حاله هذه الحال ، أى لا يكون لزوجه تلك مهر في تركته . اللهم ، إلا إن صح حديث مَعْقِل ، فهنا يكون حكم الرسول الذي لا ينطق عن الهوى هو الحق .

٥٤ — ح) وننتهى أخيراً بذكر هذا المثال ، وهو مثال يرينا أيضاً صورة واضحة من اجتهاد سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه . فقد روى مالك أن ضوَّالَّ الإبل كانت تُترك في عهد عمر بن الخطاب ، مُرْسَلَةً تتنابح لا يمسُّها أحد حتى يجدها صاحبها . وذلك لحديث صاحبى الصحيحين (البخارى ومسلم) عن زيد بن خالد الجهنى ، قال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللَّقْطَةِ ، فقال : « اغْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ، ثم عَرِّفْهَا سَنَةً ؛ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا » . قال : فضالة الغنم ؟ قال : « هى لك أو لأخيك أو للذئب » . قال : فضالة الإبل ؟

(١) سورة البقرة م ٢ — ٢٣٦ .

(٢) تاريخ التشريع للخضرى ، ص ١١٨ ؛ الفكر السامى للحجوى ج ٢ : ٤٢ .

قال : « مالك ولها ! معها سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا ، تَرِدُ الْمَاءَ ، وتَأْكُلُ الشَّجَرِ حَتَّى يَلْقَاهَا رِثْيَاهَا »^(١) .

لكن الإنسان متغير كما يقول الفلاسفة ، والضاير تَرِقُّ بِمَرِّ الزَّمَنِ . إذ أن عثمان رضى الله عنه رأى الأيدى تمتد إلى ضِوَالِ الْإِبِلِ فلا يصل بعضها إلى أصحابها ، فرأى ، أَخْذًا بِالمَصَالِحِ الْمُرْسَلَةِ ، أن يمنع التقاطها ، وَعَيَّنَ رَاعِيًا يَجْمَعُهَا وَيُعَرِّفُهَا ، فإن لم يجد صاحبها باعها وحفظ الثمن له حتى يجي^(٢) .

وهنا نرى عمر يستمسك بالنص ، وبخاصة وقد كان الناس في عهده من الورع بحيث لا يَمُدُّ أَحَدُهُمْ يَدَهُ لِمَا لَيْسَ لَهُ . وعثمان أخذ بالمصلحة العامة المرسلة أى التى لا داليل عليها من النص ، مع وجود نص يخالفها ، وذلك لتغير الناس . ولا عجب فى هذا التغير مع قُرْبِ مَا بَيْنَ الْعَهْدَيْنِ ! فإنه بقتل عمر انفتح باب الفتنة ، وحدث كثير من الهرج والمرج^(٣) ، وغير ذلك من ضروب الشر .

٥٥ — من هذه المثل ، ولو شئنا لآتيننا بكثير غيرها ، نرى أن الاختلاف فى الآراء الفقهية الذى كان بين بعض الصحابة وبعض ، أو بين بعض الصحابة والتابعين ، كان اختلافًا يرجع إلى أسباب عديدة . فأحيانًا يكون سببه اللغة ، كما فى مسألة جعل الجد أبا أو غير أب ، فيحجب الإخوة أو لا يحجبهم فى الميراث ؛ ومسألة انقضاء العدة بثلاث حيضات أو ثلاثة أطهار ، تبعًا للاختلاف اللغوى لمعنى القرء . وأحيانًا يرجع إلى ترك الحديث ، لأنه خبر الواحد ، إلى القياس فى رأى البعض ، والأخذ به مع ذلك فى رأى البعض الآخر .

وقد يعود الخلاف إلى تغير الزمن كما فى مسألة ضِوَالِ الْإِبِلِ ، ومسألة جعل عمر

(١) اللؤلؤ والمرجان ج ٢ : ٢٢٩ ؛ والقياس هو الوعاء الذى تكون فيه اللقطة ، والوكاء هو رباط هذا الوعاء ، والمراد بالسقاء والحذاء فى الإبل أنها لا تحتاج لآخذ يسقيها لما تخزنه من الماء فى جوفها ، وأن خفها يعتبر كأنه حذاء تهوى به على السير وورود أما كن الكلاء والماء .

(٢) تاريخ التدميريع للخصري ، ص ١٢٤ ؛ الفكر السامى للعجوى ، ج ٢ : ٧٢ .

(٣) فى المختار : مرج الأمر والدين اختلط ، وبابه طرب ، ومنه الهرج والمرج .

الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاث طلقات حقاً زجراً للناس ، ومسألة من تزوجت وهي في عدتها وتحريمها على هذا الذي تزوجها تحريماً أبدياً . وأخيراً ، كان من أسباب هذه الاختلافات ما يرجع لتقدير المصلحة العامة للمسلمين جميعاً ، كما في مسألة تقسيم الأرض المفتوحة عَنَوَةً (أى بالقوة والحرب) أو عدم تقسيمها ووضع الخراج عليها .

٥٦ — وهكذا ، نرى الاختلاف في عهد الصحابة يرجع إلى هذه الأسباب وأمثالها ، ولا يكون إلا حيث لا يجدون نصاً مُحْكَمًا في القرآن أو سنة لا ريب فيها عن الرسول . وفي هذه الحالة ، يكون الاجتهاد بالرأى والقياس ، كما يكون الأخذ بالمصالح المرسلّة .

وإذاً ، تكون مصادر الفقه في هذا العصر هي المصادر الأربعة المعروفة : الكتاب ، السنة ، القياس أو الرأي ، ثم الإجماع الذي لا بُدَّ له من سند من واحد مما تقدم . وأحياناً يكون مصدر التشريع هو المصالح المرسلّة ، كما رأينا ، كما يكون أحياناً أخرى العُرف كما كان أيام الرسول نفسه .

٥٧ — وبعد كبار الصحابة طوال عهد الخلفاء الراشدين ، يجيء فترة صغار الصحابة وكبار التابعين من أول ولاية معاوية بن أبي سفيان إلى ما بعد المائة الأولى بقليل .

وتبدأ هذه الفترة « بعام الجماعة » وهو العام الحادى والأربعون من التاريخ الهجرى ، إذ اجتمعت فيه كلمة المسلمين على خلافة معاوية بن أبي سفيان الأموى بعد نزول الحسن بن على ، رضى الله عنه ، له عن الخلافة ، وبهذا النزول ابتدأت دولة بنى أمية . إلا أن ذلك لم يمنع من وجود طوائف شذّت عن هذه الجماعة ، وهم الخوارج والشيعة .

٥٨ — أما الأولون فقد كانوا لا يرون انحصار الخلافة في أسرة خاصة أو بيت

معين ، بل الخليفة هو من يكون الأصلح لإمامة المسلمين وتولى أمورهم ، إذ قد أوجب الرسول علينا طاعة الأمير ولو كان عبداً حبشياً ، ويترتب منطقياً وطبعياً على هذا المبدأ أن يكون الخليفة باختيار المسلمين ، ولهذا وذاك ، لم يُقرّوا بخلافة معاوية وآل بيته ، بل خرجوا عليهم وناهضوهم بالقوة ، وكان بين الفريقين من الحروب ما سجّله التاريخ .

وأما الشيعة ، فعنى شيعة آل بيت الرسول ، فإنهم لم يكونوا يرون الخلافة حقاً إلا لعلّى رضى الله عنه وآل بيته ، لما يروونه من أن الرسول أوصى بالخلافة له من بعده ، ومن ثمّ يكون من سلبهم هذا الحق ظالماً لا تصح ولايته ، ونتيجة ذلك كله عدم اعترافهم بخلافة الأمويين وتجويز الخروج عليهم إذا واتتهم الفرصة . وقد واتتهم هذه الفرصة ، وإن كانت غير كاملة^(١) ، إذ وصل العباسيون بالقوة إلى الخلافة عام ١٣٢ هـ ، وذلك بعد هزيمتهم آخر خلفاء الأمويين وهو مروان ابن محمد الملقب بمروان الحمار .

ومع موقف الخوارج والشيعة هذا الموقف العدائى ضد الأمويين ، فإن هذه الدولة هى التى فتح الله على المسلمين فى عهدىها الأقطار الواسعة شرقاً وغرباً ؛ إذ وصل الإسلام إلى الصين بأقصى المشرق ، وإلى أقصى المغرب على المحيط الإطلانطى ، وإلى الهند جنوباً ، وإلى غير ذلك كله من العالم الذى كان معروفاً حين ذلك التاريخ .

٥٩ — ومهما يكن ، فقد تميّزت هذه الفترة من حياة الفقه بأمور :

(١) فرقة المسلمين سياسياً ، إلى خوارج وشيعة وأهل السنة والجماعة ، بسبب الاختلافات فى الخلافة ، وكان لهذا الخلاف الشديد أثره الكبير فى الفقه بلاريب . فإن الخوارج لم يكونوا يعتمدون من الأحاديث إلا ما رواه رجالاتهم ، وكذلك

(١) لم تكن هذه الفرصة كاملة لأن الخلافة انتقلت إلى بيت العباس بن عبد المطلب ، لا بيت على بن أبى طالب .

الشيعة ، على ما ذكرنا من قبل^(١) . أما جمهور المسلمين ، فقد كانوا يعتمدون الأحاديث التي ثبت صحتها عندهم مهما دخل في أسانيدھا من رجال الفرق الأخرى متى كانوا ثقات .

٦٠ - ب) وكان من أثر كثرة الفتوح الإسلامية أن تفرّق الصحابة وغيرهم من التابعين في البلدان المختلفة ، وبخاصة وقد ذهب عمر بن الخطاب الذي كان قد حاجر على كبار الصحابة ومنعهم من ترك مدينة الرسول ، وذلك مخافة افتتان الناس بهم أو افتتانهم بالدنيا الطويلة العريضة التي أفاء الله على المسلمين ، ولكونهم أهل شورا . وطبيعي أن يكون في هؤلاء الذين تفرّقوا في البلدان الإسلامية ، المعلمون والقراء ، وأهل البصر بالكتاب والسنة وآراء كبار الصحابة في مسائل الدين والفقه . وطبيعي أيضاً أن يصح من الأحاديث عند البعض ما لا يصح عند غيرهم ، وذلك لعوامل ليس هذا موضع بيائها .

٦١ - ج) ولهذين الأمرين ، ويضاف إليهما زوال عهد عمر الذي كان ، كما عرفنا ، يُشدّد كثيراً في رواية الحديث ، نرى التحديث يكثر عن الرسول ، فكان كلٌّ يحدث بما سمع عن الرسول بنفسه أو بواسطة رواة آخرين . وكان من كثرة التحديث عن الرسول ، من الفرق المختلفة وفي البلدان المتفرقة وبلا تثبت أحياناً ، أن ظهر الخطأ في نسبة الحديث إلى الرسول ، بل الكذب عمداً عليه ، رغبة من أصحاب الفرق والمقاتلات المختلفة في نصرّة آرائهم ومداهبهم بأحاديث يسندونها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم^(٢) .

(١) ونذكر هنا أن من المراجع الهامة في الفقه للشيعة الزيدية ، كتاب « مجموع الفقه » المنسوب للإمام زيد بن علي ، وهو كتاب شرحه شرف الدين الحسين بن أحمد البيني الصنعاني المتوفى عام ١٢٢١ هـ في كتاب ضخّم ذي خمسة أجزاء سماه « الروض النصير شرح مجموع الفقه الكبير » وقد طبع بمصر عام ١٣٤٨ هـ .

(٢) كان لوضع الحديث كذباً على الرسول أسباب مختلفة ، منها الرغبة في إفساد الدين ، وهذا فعل الزنادقة ؛ والترغيب في الخير ، والترهيب من الشر ، وهو صنع بعض الجهالة من المتعبدین ؛ والتهاون في الرواية عن الرسول كصنيع الفسقة من المحدّثين ؛ رغبة في نصرّة صاحب المذهب مذهبه ، كما ذكرنا .

٦٢ — د) ابتعاد بعض خلفاء الدولة الأموية وأمرائها عن سنة السلف الصالح ، وبخاصة أهل المدينة ، واعتدادهم في حياتهم وتصرفاتهم بأرائهم وتفكيرهم الشخصي بعد أن جعلوا من خلافة المسلمين مُلكاً عَضُوضاً لهم ولأمرتهم بما ابتدعوه من نظام « ولاية العهد » الذي لم يعرفه الإسلام من قبل .

ومن المثل الدالة على هذه النزعة ما ذكره النسائي^(١) في البيوع من أن مروان كتب إلى أسيد بن حضير الأنصاري ، وكان عاملاً على اليمامة ، بأن معاوية كتب إليه بأن من سُرق منه متاع فهو أحقُّ به حيث وجده . فكتب أسيد إليه بأن النبي قضى بأن من ابتاع متاعاً مسروقاً ، وكان غير مُتهم ، كان صاحبه بالخيار بين أخذه من المشتري بثمنه وبين الرجوع على السارق ، ثم قضى بذلك أيضاً أبو بكر وعمر وعثمان . فبعث مروان بهذا الكتاب إلى معاوية ، فكتب إليه : إنك لست أنت ولا أسيد تقضيان عليّ ، ولكني أقضى عليكما ، فقال أسيد حين علم بذلك : لا أقضى ما وليت بما قال معاوية^(٢) .

٦٣ — وكان من ذلك أن أخذ صفوة من الصحابة والتابعين ، العلماء بالكتاب والسنة ، يتجهون إلى تأسيس علم الفقه الذي يقوم على هذين المصدرين العظيمين ، والذي يجب أن يكون مثلاً أعلى للقانون الذي تقوم عليه حياة المسلمين العملية ؛ فكان هذا بدء سَيْر الفقه في اتجاه نظري يختلف ، كثيراً أو قليلاً ، عن الواقع العملي في الحياة . ومن هذه الصفوة ، كان سعيد بن المسيّب المتوفى عام ٩٣ هـ ، فقد راعه ، وهذا مثال آخر لإهمال الأمويين الأخذ أحياناً بالسنة ، أن معاوية أيضاً قد استلحق زياداً بن أبيه مُقرّاً بأخوّته له ، نازعاً في هذا إلى عُرْف الجاهلية ومستجيباً لعوامل سياسية ، على حين أن الشريعة لا تبيح ذلك ، وفي هذا كان

(١) هو شيخ الإسلام الحافظ الإمام أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، صاحب السنن المعروفة ، وقد توفي عام ٣٠٣ بفسطاط . عن تذكرة الحفاظ للذهبي ، ج ٢ : ٢٤١ — ٢٤٣ .
(٢) وانظر الفكر السامي للعجوى ، ج ٢ : ٤٩ — ٥٠ .

سعيد يقول : قاتل الله فلاناً ، يريد معاوية ، كان أول من غيّر قضاء الرسول ، وقد قال الولد للفراش وللماهر الحجر^(١) يريد الرجم بالأحجار .

٦٤ - (هـ) ثم كان من نتائج ذلك كله ، أن كثرت الآراء والفتاوى الفقهية في الوقائع والحوادث الكثيرة المختلفة التي تتطلب أحكاماً لها ؛ وبخاصة وقد اتسعت رُقعة الدولة الإسلامية ، ووجد المسلمون أنفسهم في بلاد لها عادات وتقاليد وأعراف جديدة عليهم ، وكل ذلك يستدعى أحكاماً غير ما كانوا يعرفون .

ومن الواجب أن نضيف لهذا سبباً آخر . نغنى أن الورعين من العلماء بالكتاب والسنة ، لما رأوا كثرة رواية الحديث عن الرسول والكذب عليه أحياناً ، لجأوا في معرفة أحكام الله الشرعية إلى اجتهادهم الخاص في فهم القرآن والثابت صحته لديهم من الحديث ؛ فكثُر أيضاً لهذا السبب الخلاف في الرأي الفقهي ، وتعددت الفتاوى في المسألة الواحدة^(٢) .

٦٥ - (و) ظهور نزعتين في الفقه والتشريع : نزعة أهل الحديث ، ونزعة أهل الرأي ، وقد ظهر تبعاً لذلك ، مُفتون من أهل الحديث وآخرون من أهل الرأي . ذلك ، بأن كبار الصحابة كانوا لا يُفتون في أحكامهم إلا بما يرجع للقرآن والسنة ، ثم يحنون إلى الرأي والقياس إن لم يجدوا إلى غير هذا سبيلاً . على أنهم كانوا لا يميلون إلى الرأي إلا للضرورة وبقدر مخافة القول بلا علم وتثبت في شريعة الله ، ومن ثم يُروى عن الكثير منهم ذم القول بالرأي والأخذ به .

فلما ذهب صدر الصحابة وجِلَّتْهم ، وُجد بعدهم من احتذى حَذْوَم في الوقوف في رأيه إلى القرآن والسنة لا يعدوها ، وهؤلاء هم أهل الحديث . كما وُجد من ذهب إلى أن شريعة الله معقولة المعاني ، ولها مقاصد يجب رعايتها وأصول يجب الرجوع

(١) حلية الأولياء لأبي نعيم ، ج ٢ : ١٦٧ والحديث مشهور رواه البخاري ومسلم ؛ انظر

الؤلؤ والمرجان ، ج ٢ : ١١٧

(٢) ولذلك يلاحظ جولد تسيهر المستشرق المعروف ، أن الشك في الحديث كان من عوامل

ظهور الرأي في الفقه . انظر المفيدة والشرعية في الإسلام ، ترجمتنا مع آخرين ، ص ٤٧

إليها ، ولم يلحق الرسول بالرفيق الأعلى حتى بيّن ذلك كله ؛ ولهذا يجب الأخذ بالرأى الذى هو نتيجة عمل العقل والاجتهاد الصحيح كما كان يفعل كبار الصحابة أحياناً ، وإلّا جَدّت الشريعة ولم يتقدم الفقه ، وبخاصة وقد دخل الشك والكذب فى الحديث . وهؤلاء الذين ذهبوا هذا المذهب هم أهل الرأى ، أو القياس ، الذين يرون — مع هذا — أن الأصل الأول للتشريع هو الكتاب والسنة الصحيحة ، كما أن الأولين أصحاب الحديث لم يكونوا طبعاً يهملون استخدام العقل والرأى فى استنباطهم الأحكام من القرآن والسنة ، ولكن كان يصح لديهم من الأحاديث ما لا يصح لدى الآخرين^(١) .

٦٦ — وقد كان جمهور أهل الحديث بالحجاز ، وجمهرة أهل الرأى والقياس بالعراق ، ولا عجب فى شيء من ذلك . فإن الحجاز مهد السنة وموطن حَمَلَتِهَا من الصحابة الأولين ؛ والعراق بلد جديد وبعيد عن موطن السنة ، وله حضارته التليدة وحظه الكبير من المعارف القانونية قبل الإسلام ، وفيه حصل الامتزاج بين عقليات مختلفة ، فكانت حاجته شديدة إلى الرأى والقياس فيما لا يجدون فيه نصوصاً من القرآن والسنة الصحيحة التى يعرفونها .

وكان لكل طائفة من أصحاب هاتين النزعتين رئيس يحمل لواءها . فرئيس أهل الحديث كان أولاً سعيد بن المسيّب السابق ذكره ، وهو رأس علماء التابعين وأحد الفقهاء السبعة الذين نشروا الحديث والعلم والفقه ، وقد توفى عام ٩٣ هـ . وكان زعيم مدرسة أهل الرأى والقياس هو إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعى^(٢) ، وهو شيخ حماد بن أبى سليمان الذى يعتبر شيخ الإمام أبى حنيفة ، وقد توفى عام ٩٦ هـ .

٦٧ — وقد تفرع ، فيما بعد ، أصحاب الحديث إلى مالكية وشافعية وحنابلة ،

(١) أنظر مقدمة ابن خلدون ، ص ٣٥٢ — ٣٥٣ ، إذ يتحدث عن هاتين النزعتين اللتين انقسم الفقه إليهما وأسباب نشأة كل منهما .

(٢) نسبة إلى قبيلة كبيرة من مذحج باليمن . أنظر وفيات الأعيان لابن خلكان طبعة بولاق ، ج ١ : ٤ .

كما كان منهم الظاهرية - أتباع داود بن علي ثم ابن حزم - الذين يتمسكون بالظاهر من القرآن والحديث . أما الأحناف فيرجعون إلى مدرسة أهل الرأي ، إذ كان مؤسسها - كما قلنا - شيخاً لشيخ أبي حنيفة صاحب المذهب .

وإن الذي يتتبع بعض مراجع الفقه الهامة ، يرى بوضوح كثرة الاختلافات في الأحكام الفقهية بين أهل الرأي وأهل الحديث ، وذلك نتيجة اختلافهم في الأصول التي يرجعون إليها في التشريع ، ولكل وجهة هو مؤليها^(١) .

هذا ، ونحتم الحديث في الكلام عن حياة الفقه وتطوره في هذا الدور ، بالإشارة إلى أنه ظهر في هذه المرحلة عدد ضخم من المفتين ذوي نزعات مختلفة ؛ أي من أهل الحديث ، وأهل الرأي ، وغير هؤلاء وأولئك من رجال الفرق الأخرى . ولا نرى الإطالة ولو بذكر بعضهم ، مكثفين بالإشارة إلى مظانهم من المراجع السهلة الوجود بأيدي الدارسين للفقه والفقهاء^(٢) .

الدور الثالث .

دور التدوين والنضج والكمال

٦٨ - كان هذا الدور أطول أدوار الفقه عمراً ، حاشا - بكل أسف - دور التقليد ، إذا استمر نحو مائتين وخمسين عاماً ، فقد بدأ في أوائل القرن الثاني الهجري واستمر إلى منتصف الرابع .

وفي هذا الدور بدأ تدوين السنة ومذاهب الفقه ، وفيه ظهرت المذاهب الكبرى التي لا تزال معروفة ومتبعة - كل في نواح مختلفة من العالم الإسلامي - إلى

(١) أنظر إعلام الموقعين لابن القيم ، ج ١ : ١١١ وما بعدها ، فقد صور النزاع بين المدرستين بصورة كبيرة ، وأورد في ذلك حجج الفريقين وكثيراً من مواضع الخلاف .

(٢) أنظر تاريخ التشريع للخضري بك ، ج ١٥٢ وما بعدها ؛ الفكر السامي للحجوى ، ج ٢ ص ٦٩ وما بعدها .

الآن ؛ نعني مذاهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وابن حنبل من أهل السنة ، ومذاهب الزيدية والإمامية من الشيعة .

كما ظهر فيه أيضا فقهاء أعلام آخرون ، وكان منهم أصحاب مذاهب مستقلة عرفها التاريخ ، إلا أنها اندثرت بمضي الزمن ، إذ لم تجد من يقوم بها ويرعاها ويعمل على تخليدها كما وجدت المذاهب الأولى .

وينبغي من أول الأمر أن نشير إلى أهم الخصائص التي تميز بها هذا الدور ، فكان مرحلة خاصة من مراحل حياة الفقه ، وهذه الخصائص هي :

٦٩ — ١ قيام الدولة العباسية بعد سقوط الدولة الأموية ، وأول خلفائها أبو العباس عبد الله الملقب بالسفاح لكثرة ما تسبب في إراقة دماء خصومه ، وكان بدء قيام الدولة العباسية عام ١٣٢ هـ .

ويعتبر قيام هذه الدولة حدثاً ملحوظاً في حياة الفقه والتشريع ، لأنها قامت باسم الدين وعلى الدين ، فلا عجب أن يعنى رجالها بالحياة الدينية ، وأن يعملوا على أن تقوم على قانون مستمد من صميم الفقه الإسلامي ، فكانت الحاجة ماسة للفقه والفقهاء .

حقاً ، لقد كان حكم العباسيين عاملاً قوياً من عوامل ازدهار الفقه وتطوره ، وفقاً للحياة العامة التي كان عليها المسلمون إبان هذه الدولة ، وتمشيًا مع ما كان يحدُّ من مشاكل وقائع تتطلب أحكاماً شرعية لها .

٧٠ — ومن مظاهر تلك العناية الطيبة ، ما نعرفه من إجلال الخلفاء العباسيين أيام عزمهم ومجدهم لرجال الفقه . ومن هذا ، نجد الإمام مالكا بن أنس يوجه إلى الخليفة الرشيد رسالة قوية ينصح فيها ويذكر بما يجب عليه لله وللمسلمين ، كما نرى هذا الخليفة يرسل إليه بالمسجد ابنه الأمين والمأمون ليسمعا منه حديث الرسول مع سائر من يحضر مجلسه من المسلمين^(١) .

(١) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ٨٦ .

٧١ — وفي ذلك أيضاً ، نجد الرشيد نفسه يطلب من أبي يوسف تلميذ أبي حنيفة وصاحبه أن يضع له كتاباً يستهديه في نظم الدولة المالية وإدارتها ، فيكتب له مؤلفه المعروف : كتاب الخراج . وفي مقدمة هذا الكتاب القيم يقول للخليفة ، أقوى سلطان في ذلك العصر^(١) :

« فأقم الحق فيما ولّاك الله وقادرك . . ولا تزغ قنزيع رعيّتك ، وإياك والأمر بالهوى والأخذ بالغضب . . وكن من خشية الله على حذر ، واجعل الناس عندك في أمر الله سواء ، القريب والبعيد . . وإن الله سائلك عما أنت فيه ، وعما عملت به ، فانظر الجواب ! . . وإني أوصيك ، يا أمير المؤمنين ، بحفظ ما استحفّظك الله ورعاية ما استرعاك الله ، وألا تنظر في ذلك إلا إليه وله ؛ فإنك إلا تفعل ، تتوعر عليك سهولة الهدى ، وتعمى في عينك ، وتتعقّ رسومه ، ويضيق عليك رحبه ، وتشكر منه ما تعرف وتعرف منه ما تنكر . فخاصم نفسك خصومة من يريد الفلج لها لا عليها ، فإن الراعى المضيّع يضمن ما هلك على يديه مما لو شاء رده عن أما كن الملكة بإذن الله » . . إلى آخر ما قال^(٢) .

على أن الخليفة الرشيد لم يكن الفريد في إجلال الفقهاء ، وسؤالهم النصيح والتوجيه ، فقد كان هذا شأن غيره أيضاً من خلفاء هذه الدولة ، والأمر معروف لمن شدا شيئاً من التاريخ الإسلامي المجيد .

٧٢ — لا عجب إذاً أن يجد الفقه في هذه الفترة الطيبة من حياته تربة صالحة للنمو والكمال ، ويكون من ذلك نشر سنة الرسول وظهور كبار المجاميع فيها ، وكثرة ما ذخرت به كتب الفقه من الأحكام والتشريعات العملية ، وتدوين ذلك ذلك كله في مؤلفات رويت عن أئمة الفقه وكبار أصحابهم وتلاميذهم المباشرين وغير المباشرين .

(١) ص ١ — ٣ من طبعة بولاق الأميرية .

(٢) ابن هذا مما نحن عليه ، رجال الدين هذه الأيام ، في صلاتنا بالملك وأولى الأص من الحكم !

ثم ، لقد قامت هذه الدولة الجديدة في العراق مهد المدنية الفارسية وغيرها من المدنات التي تواردت على هذه البلاد ، فكان أن التقت هذه الحضارات والعقليات التي تمثلها بالحضارة العربية والعقلية العربية ، وأن تعاون في بنائها العقل العربي والعقل الفارسي والعقل الرومي ، فأخذت من كل عقل بأحسن ما كمن فيه من قدرة الإبداع^(١) ، وقد ظهر هذا الإبداع في الفقه والتشريع كما ظهر في نواح مختلفة أخرى .

٧٣ — ب) قويت الحركة العلمية واشتدت بسبب عوامل عدة ، وكان من أهم هذه العوامل بلاريب ترجمة العلوم والفلسفة اليونانية للغة العربية فضلا عما نقل للعربية أيضاً من تراث فارس والروم . ومن الحق ، إن حركة الترجمة بدأت أيام الأمويين ، ولكنها لم تأخذ قوتها العجيبة وازدهارها الكبير إلا في عهد الدولة العباسية بفضل الخليفة المأمون .

وكان مما نُقل للعربية منطق أرسطو وفلسفته وفلسفة غيره من أساطين اليونان ، والمنطق ، كما نعرف ، يقدم ما يلزم من آلات ووسائل للوصول إلى المجهول بطريق القياس والاستنباط . ومن البدهي أن يكون الفقهاء ، مثلهم في هذا مثل سائر العلماء في الميادين المختلفة . قد أفادوا فائدة كبرى من المنطق وسائر فروع الفلسفة الأخرى^(٢) .

٧٤ — (هـ) لما كثر التحديث عن الرسول ، وغزُر إلى حد كبير ما رُوِيَ عنه أو نُسب إليه من الأحاديث ، ندب بعض أعلام المسلمين من رجال الحديث أنفسهم للفحص عن هذه الأحاديث وتصنيفها وبيان صحيحها من ضعيفها والموضوع منها ، ثم لتدوينها في دواوين خاصة يرجع إليها المسلمون كما يرجعون للقرآن لمعرفة دينهم وشريعته ، وكان هذا الصنيع فضلاً وتوفيقاً عظيمين من الله لحفظ الأصل الثانی للإسلام وهو سُنَّة رسوله .

(١) تاريخ التشريع للخضري بك ، ص ١٧٤ .

(٢) علماء الكلام أو التوحيد هم الذين استفادوا ، أكثر من غيرهم ، من فلسفة اليونان .

وأهم هذه المجموعات أو الدواوين ، هو ما يعرف « بالكتب الستة » ؛ إذ فاق أصحابها في الدقة والفحص والاختيار سواهم ، ففاقت الكتب نفسها غيرها في الاعتبار لدى المسلمين وتقديرهم لها ، وأصحاب هذه الكتب هم :

- ١ — أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، المتوفى عام ٢٥٦ هـ .
- ٢ — مسلم بن الحجاج النيسابوري ، المتوفى عام ٢٦١ هـ .
- ٣ — أبو داود سليمان السجستاني ، المتوفى عام ٢٧٥ هـ .
- ٤ — أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي ، المتوفى عام ٢٧٩ هـ .
- ٥ — أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجه ، المتوفى عام ٢٧٣ هـ .

٦ — أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، المتوفى عام ٣٠٣ هـ^(١) .
هذه الجوامع وأمثالها ، ومنها ما صُنِّفَ على أبواب الفقه المختلفة ، والتي أنفق مؤلفوها — الأئمة الحفاظ الأعلام — ما أنفقوا من جهود ، قدمت بلا ريب مادة غزيرة خصبة للفقهاء يستخلصون منها الأحكام الفقهية بجانب القرآن ، ولذلك كان لها أثرها الكبير في نموِّ الفقه واكتماله .

٧٥ — د) إلا أنه بسبب طول العهد وكثرة التحديث ، وما تبع هذا من شيوع الكذب عمداً على الرسول بوضع الأحاديث لأغراض مختلفة أشرنا من قبل إليها ، قامت صعوبات أمام الفقهاء لم يكن من السهل تذليلها ، ومرجع هذه الصعوبات عُسرُ معرفة الحريِّ بالتصديق من هذه الأحاديث وتبين الأحاديث الأخرى الموضوعية .

وكان لذلك كله ، أن رجحت شِرْذِمَةٌ رفضت السنة جميعها ، أي رفضت الأخذ بها في بيان الأحكام الشرعية الفقهية ، زاعمين أن في القرآن غُنية عنها

(١) يرى ابن خلدون أن أمهات كتب الحديث خمسة ، إذ لم يذكر مجموع ابن ماجه .

مادام قد جاء تبييناً لكل شيء وقد نزل « بلسان عربي مبين » يفهمه العرب جميعاً ومن إليهم من الموالى^(١) ، هؤلاء الموالى الذين حذقوا اللغة العربية وصار الكثير منهم من الأعلام حَمَلَة العلوم الإسلامية . والإمام الشافعى رضى الله عنه ، يؤكد لنا أقوال هذه الطائفة ، ويبين ما تحتاج به من الأدلة ، ثم يحاجهم ويبين خطل ما ذهبوا إليه ، وذلك فى كلام قيم جداً يجب الرجوع إليه^(٢) .

على أن هذا رأى الخاطيء البين البطلان ، كان لا بد أن يختفى بفضل رجال الحديث والفقهاء الذين يرون — بحق — أن السنة أصل أصيل بعد القرآن للفقهاء ، وإلا فيم تكون رسالة الرسول إن لم تكن لبيان ما نُزِّل إليه من الكتاب ! وذلك يكون بتوضيح مجمله وتقييد مُطلقه وتحديد مُبهمه ونحو هذا كله ، كما يكون بالإتيان ببعض التشريعات التى لم يحىء بها القرآن ولكنها تتفق وروحه ومقاصده

٧٦ — هـ) وأخيراً ، كان من الطبيعى لكل ما قدمناه أن تكثر الآراء والفتاوى فى المسألة الواحدة ، وذلك للاختلاف فى اعتبار الحديث صحيحاً أو غير صحيح ، أو للاختلاف فى بعض أصول الفقه نفسها ، كالقياس ، واعتبارها أو عدم اعتبارها من أدلة الأحكام الفقهية .

وكذلك كان طبيعياً أن يتعصب كل من الفقهاء لآرائه ، وأن يحتاج لها ما وسعه الاجتهاد ، وأن يجتهد — هو وتلاميذه وأنصاره — فى إقامتها على أسس وأصول متينة يكون عنها منطقياً كل ما يريد من تطبيقات وتفرعات .

ومن هنا ، كان للفقهاء مذاهب كثيرة المعروفة . ومن هذه المذاهب ما اندثر وذهب مع الزمن ، ومنها ما كتب له الخلود حتى اليوم وإلى ما شاء الله . وسنتحدث فى بحث قريب ، عن هذه المذاهب وتلك ، إن شاء الله تعالى .

(١) نطلق كلمة « الموالى » على من دخل فى الإسلام من غير العرب ، ثم صار كثير منهم من رجال العلم والإدارة وبخاصة أيام العباسيين التى قامت دولتهم على أكتافهم .

(٢) كتاب الأم ، ج ٧ : ٢٥٠ وما بعدها . وهنا نذكر أنه كما قام فى هذا الدور نزاع فى اعتبار السنة أصلاً من أصول الفقه ، وجد نزاع فى غيرها من الأصول مثل الإجماع والقياس ، وسيجيء بحث ذلك كله فى مبحث خاص .

٤ - الدور الرابع

دور التقليد المستمر حتى اليوم

بعد أن وصل الفقه إلى أوجِه في الدور السابق ، أخذ رُوَيْدًا رُوَيْدًا في الانحطاط حتى غلب التقليد على أهله ، وكان ذلك لعوامل عديدة نشير إلى أهمها .

٧٧ - ١) في هذا الدور تقطعت أوصال الدولة الإسلامية ، وصارت دولا عديدة ، وهكذا ضعف أمر الدولة الكبرى التي كانت تشجع الفقهاء وتدعوهم للبحث وتثيب عليه . وكان لذلك أثره بلا شك في حياة الفقه نفسه ، فبدأ يأخذ في الركود والوقوف على ما كان ، وفارقتة - أو كادت - الحياة الدافقة المتجددة .

حقاً ، لقد كان - مع بقاء الدولة العباسية ببغداد منهوكة القوى - للأمويين دولة بالأندلس ، وللفاطميين دولة بشمال إفريقية حاضرتها « المهدية » من بلاد تونس ، كما كان بمصر دولة الإخشيديين وإن كانوا تابعين إسمياً لبغداد ، وبالمشرق الدولة السَّامَانِيَّة وعاصمتها بُخَارَى فيما وراء النهر . بل كانت ببغداد نفسها دولة « بنى بُويَّه » ، ثم دولة السَّلاجِقة ، وكان لسكنتيهما السلطان الفعلي وللخليفة العباسي مجرد الاسم . وزاد الأمر سوءاً أن هذه الدول ، التي توزَّعت فيما بينها رُقعة العالم الإسلامي ، كانت تتنازع النفوذ والسلطان ويكيد بعضها لبعض .

ثم تعاقبت دُول على أخرى ، حتى بلغ الضعف بالبلاد الإسلامية مداه ، وجاء هُوَلا كُو حفيد جَنْكِيْز خان واستولى على بغداد وقتل آخر خلفاء بنى العباس وهو المستعصم بالله عام ٦٥٦ هـ ، وبذلك صارت بغداد قاعدة لدولة قَتَرِيَّة مَخْرَبَةٌ ليس لها دين سماوي ولا أثارة من القوانين الإلهية :

٧٨ - ب) وهذا عامل آخر ، وربما كان أخطر العوامل وأشدّها أثراً ، نغني به استنامة رجال الفقه في هذا الدور إلى المذاهب الأربعة المعروفة ، بعد أن

دُوِّنت وصار لها أتباع أقوياء ، ثم بعد أن استوت وبلغت من القوة المدى البعيد ، وأخذت تُؤتَى أَكْثَرُهَا ويحني المسلمون ثمراتها . وبخاصة ، وقد وجدوا فيها حلول ما كان يحدُّ لهم من مشاكل وواقعات .

فلماذا إذا يُعَنُّون أنفسهم بالاجتهاد في تأسيس مذاهب أخرى يكون لها أصولها الخاصة ! .

وتلك علامة من علامات انحطاط الحياة العقلية ، ونذير بتدهور الأمة في عامة أمورها ، حتى تصل من ذلك إلى ما قدر لها الله . والأيام دُولٌ بين الأمم ، والأمة كائن حي يُعْتَوِرُهُ ما يعتور الأفراد من طفولة وشباب ثم كهولة وشيخوخة وفناء ! .

٧٩ — ح) قصر أنصار كل مذهب من تلك المذاهب التي تلقَّتها الأمة بالقبول ، جهودهم على تأييد مذهب إمامهم في أصوله وفروعه وتطبيقاته العملية ، والإشادة بأئمتهم ، ومن إليهم من رؤساء المذاهب وأعيانه ، وبما خُصُّوا به من نبوغ وملكة فقهية ومقدرة فائقة على الاستنباط ، حتى كأن الله خصهم وحدهم بفضله وحبسه عن غيرهم ! .

بذلك ، فنيت شخصيات الفقهاء في هذه المرحلة في شخصيات متبوعينهم من الأئمة ، وماتت فيهم روح الاستقلال في التفكير ، فصاروا مقلدين تابعين لا أئمة متبوعين ، كما أصبح عسيراً كل العُسر أن يعتقد أهل ذلك العصر أن بالإمكان ظهور إمام مستقل يلحق بالأئمة السابقين ! .

٨٠ — د) لم يكن هناك نظام إداري أو تشريعي يقصر الفتوى على من هم أهل لها ، ويأخذ على أيدي غير الصالحين للحكم في شريعة الله ، فتصدَّى كثيرون للإفتاء ، حتى كان يصدر في المسألة الواحدة أقوال وفتاوى متعددة متعارضة ، وليس معنى هذا إلا الفوضى وحيرة المستفتين .

ومن أجل ذلك ، رأى أهل العلم والبصر بالفقهاء — في أواخر القرن الرابع —

أن يَسُدُّوا باب الاجتهاد ، وأن يجعلوا القضاة والمفتين مقيدين بأقوال الأئمة الأربعة المعروفين الذين أجمعت الأمة على الرضى بهم ، وبهذا وقع المسلمون في الجمود على أقوال السابقين الذين كانوا هم أنفسهم يصرحون بأنهم عرضة للخطأ ، ولا عجب في هذا فالعصمة لله وحده ثم لرسوله من بعده في شئون الرسالة .

٨١ — وفي هذا يقول ابن خلدون مانصه^(١) : « ووقف التقليد في الأمصار عند هؤلاء الأربعة ، ودرس المقلدون لمن سواهم ، وسدَّ الناس باب الخلاف وطرقه ؛ لما كثر تشبُّب الاصلاحات في العلوم ، ولما عاق عن الوصول إلى رتبة الاجتهاد ، ولما خشي من إسناد ذلك إلى غير أهله ومن لا يوثق برأيه ولا بدينه . فصرَّحوا بالعجز والإغواز ، وردُّوا الناس إلى تقليد هؤلاء ، كل بمن اختص به من المقلِّدين .. ولم يبق إلا نقل مذاهبهم ، وعمل كل مقلِّد بمذهب من قلده منهم بعد تصحيح الأصول واتصال سندها بالرواية ، لا بمحصول اليوم^(٢) للفقهاء إلا هذا . ومُدَّعى الاجتهاد لهذا العهد مردود على عقبه مهجور تقليده ، وقد صار أهل الإسلام اليوم على تقليد هؤلاء الأئمة الأربعة^(٣) .

على أن الحالة العلمية كانت ، رغم ذلك كله ، بحمد الله أحسن حظاً من الحالة السياسية ؛ إذ استمرت نامية مزدهرة في هذا الدور في بعض بلاد العالم الإسلامي ، مثل مصر والشام والمغرب والأندلس ، وكان أن نبغ في هذه المرحلة أيضاً علماء كبار ومفكرون عظام لهم فضلهم الذي لا يُنسى في الفقه وغيره من العلوم ، وكان من هذا الفضل كثير من التراث العلمي الإسلامي الذي مازلنا ننتفع به حتى اليوم .

٨٢ — ولكن أحداً من هؤلاء الفقهاء ، الذين نبغوا في هذا الدور ، لم يقارب

(١) المقدمة ، ص ٣٥٥ .

(٢) توفي ابن خلدون عام ٨٠٨ هـ .

(٣) بعد ذلك ، أخذ ابن خلدون في بيان مجال كل مذهب من هذه الأربعة في العالم الإسلامي

على ما كان في عصره ، ص ٣٥٥ — ٣٥٧ .

مرتبة أحد من الأعلام أصحاب المذاهب الذين نبغوا في الدور السابق ؛ فإن فقدان الاستقلال السياسي لدولة ما يجر وراءه طبعاً ضعف ، إن لم نقل فقدان ، الاستقلال في التشريع والابتكار ؛ ومصدق هذا حالة الشرق هذه الأيام التي صار فيها تبعاً للغرب في السياسة والقانون أيضاً !

لقد ذهبت تلك الروح العظيمة القوية التي كانت تُسير أولئك الفقهاء الأعلام المستقلين في تفكيرهم ، والذين بلغوا الذروة في زمانهم ، هذه الروح التي جعلت أبا حنيفة يقول : « ما جاءنا عن الصحابة فعلى الرأس والعين ، وما جاءنا عن التابعين فهم رجال ونحن رجال » ! بل التي جعلت مالك بن أنس يقول : « ليس أحد إلا يؤخذ من قوله ويُترك ، إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم » !

٨٣ — وبذهاب هذه الروح القوية المستقلة ، فترت هم العلماء ، وران الضمف على العقول والقلوب ؛ حتى ليرى أبو الحسين عبيد الله الكرخي ، وكان رئيس الأحناف بالعراق وقد توفي عام ٣٤٠ هـ ، أن كل آية أو حديث يخالف ما عليه إمامه هو مؤول أو منسوخ^(١) ، وكان يُعدُّ مع هذا من المجتهدين من بين الأحناف^(٢) . فأين هذا من قول غير واحد من الأئمة الأربعة : « إذا صح الحديث فهو مذهبي ، واضربوا بقولي عرض الحائط » .

وهكذا ، نرى كلا من الفقهاء المتأخرين قد اتخذ لنفسه إماماً يتعصب لمذهبه ، ويدور في فلكه ومداره حيث دار ، حتى إن اجتهد في رأي كان اجتهاده في هذه الدائرة نفسها ، هذه الدائرة التي تسيطر عليها روح إمامه وتفكيره والأصول التي أقام مذهبها ، وهذا هو ما نعنيه بالتقليد لمذهب حين يرى مقلده أن أقوال صاحبه واجبة الاتباع باعتبارها شرع الله . فإن قصارى أمر المقلد أن يعتقد صحة مذهب إمامه ، وإلا لما صح له تقليده ؛ وأن يعتقد أيضاً خطأ المخالف لمذهبه ، وإلا لما كان مذهبُه صحيحاً في رأيه .

(١) تاريخ التشريع للخضري بك ، ص ٣٢٥ .

(٢) ولا ننسى أن الكرخي كان يعبر بقوله ذاك عن روح الفقهاء جميعاً في ذلك العصر .

٨٤ - وبعد ! ماذا كان عمل فقهاء هذا الدور من الأدوار التي مر بها الفقه الإسلامي في حياته الطويلة الخالدة بإذن الله ، وبخاصة في القرون الأولى من هذا الدور ؟

إن من هؤلاء الفقهاء ، الذين التزمت كل طائفة منهم تقليد إمام من الأئمة الأربعة ، من لم يكونوا ينقصون عن أسلافهم الأماجد في تعمق الكتاب والسنة والبصر بأصول الفقه وطرق الاستنباط ، ولكنهم - مع ذلك - لم تكن لهم الحرية التي كانت لأولئك الأسلاف .

هذه الحرية في الرأي التي كانت تميز لرجال الأدوار السابقة ، من الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم إلى الأئمة الأربعة المعروفين ، أن يغير الواحد منهم اليوم ما كان قد رآه بالأمس حين يتضح له وجه الحق . ومن ذلك إفتاء عمر بن الخطاب بأن الإخوة الأشقاء شركاء للأخوة لأم في ثلث تركة المتوفى عن إخوة أشقاء وآخرين لأم وأم وزوج ، بعد أن كان قد رأى حرمان الأشقاء ، وفي ذلك قال : « ذاك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضى »^(١) ؛ ومن ذلك أيضاً ، قوله في كتابه الذي كتبه لأبي موسى الأشعري حين ولاء القضاء^(٢) ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك ، أن تراجع فيه الحق ؛ فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل »^(٣) .

٨٥ - إذاً ، بعد أن وقف هؤلاء الفقهاء أنفسهم على نصره مذاهب أئمتهم التي التزموها ، كانت جهودهم في هذه الناحية تكاد - فيما نرى - تتركز في ثلاثة أمور :

(١) البحث عن علل ما استنبط الأئمة من أحكام ، إذ كان أولئك لم يذكروا

(١) الحصري في تاريخ التشريع ، ص ٣٢٥ .

(٢) وهذا الكتاب ، كما يقول ابن القيم ج ١ : ٧٢ ، كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول ، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة ، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه .

(٣) ابن القيم ، ج ١ : ٧٢ .

الكثير من علل هذه الأحكام التي ذهبوا إليها ، وبمعرفة هذه العلل أمكنهم الإفتاء في النوازل أو المسائل التي لم يرد فيها أحكام للأئمة : وهذا باستعمال القياس أو مراعاة المصالح المرسلة ، أو غير هذا وذاك من أصول التشريع ، وبذلك وضعوا علم أصول الفقه بعد أن كتب فيه الشافعي رسالته المشهورة .

(ب) عملهم في الترجيح بين الأقوال المختلفة في المذاهب ؛ سواء في هذا ما روى عن الأئمة أنفسهم ، وما روى عن أصحابهم وتلاميذهم الذين أقاموا هذه المذاهب . وهذا عمل له خطره ، ويتطلب ممن يقوم به معرفة تامة بتراث إمامه وبأصول مذهبه ، وطرقه في استخراج الأحكام من أدلتها . ذلك لا بد منه ، لتكون له المقدرة على ترجيح الآراء التي تتفق مع هذه الأصول ، أو مع الأدلة العامة الأساسية للفقه من الكتاب والسنة والقياس وغيرها .

(ج) تنمية التراث الفقهي بالعكوف على ما ترك الأئمة منه ، وبشرحه واختصاره أحياناً ، والتعليق والتحشية عليه أحياناً أخرى . وكانت من نتيجة هذا العمل ، ظفر العلم الإسلامي بتراث مجيد غزير في الفقه ؛ تراث يُعجزُ العادَّ حصره ، تركه لنا علماء أعلام جزام الله خيراً على ما بذلوا من جهود^(١) .

٨٦ - هذا ، وقد كان من العناية بما ترك الأئمة والفقهاء السابقون من تراث في الفقه وأصوله ، شرحاً واختصاراً وتعليقاً وتحشية ، أعاجيب في باب التأليف . فقد رُزق بعض تلك المؤلفات حظاً كبيراً كان منه أن نجد له شروحاً عديدة ، وتعليقات وحواشي عديدة ، ومختصرات كذلك عديدة .

ومن المثل في ذلك في الفقه الحنفي ، كتاب « بداية المبتدى » أبرهان الدين المرغيناني المتوفى عام ٥٩٣ هـ . فقد شرحه مؤلفه نفسه في كتاب « هداية المهتدي » ثم شرحه أكل الدين محمد بن محمود البابرقي المتوفى عام ٧٨٦ هـ بكتاب سماه « العناية » ، ثم شرح « الهداية » الكمال ابن الهمام المتوفى عام ٨٦١ هـ في كتاب سماه « فتح القدير » ، ثم جاء سعدى جلبي المتوفى عام ٩٤٥ هـ فكتب حاشية

(١) أنظر في ذكر بعض فقهاء هذا الدور من المذاهب المختلفة الحضري ص ٣٤٧ وما بعدها ؛

الحجوي في مواضع مختلفة من ج ٣ ابتداء من ص ٩٢ ، ج ٤ ص ١٧ - ١٩٩ .

على الهداية والعناية معاً . وكل هذه المراجع طُبعت معاً ، وتدرس حتى اليوم بالأزهر .

ومثل هذا الحظ كان حظ متن « السكز » ، لحافظ الدين الحنفى المتوفى عام ٨٧١٠ هـ . فقد ظفر بشرح مطوّل لفخر الدين الزيلعى المتوفى عام ٨٧٤٣ هـ ، وآخر مختصر للعيني المتوفى حوالى عام ٨١٨ هـ ، وبمحاشية للشلبى المتوفى عام ١٠٠٠ هـ ، علّق بها على شرح الزيلعى . وجميع هذه المؤلفات من مراجع الفقه الحنفى بالأزهر أيضاً .

وكتاب « الجامع الصغير » للإمام محمد بن الحسن المتوفى عام ١٨٩ هـ ، وصاحب الإمام أبى حنيفة : ظفر بشروح سبعة معتبرة^(١) ، ويجد الدارس للفقه نقولا كثيرة من هذه الشروح ترد فى المراجع التى بأيدينا الآن .

٨٧ — وفى الفقه المالكى نجد « مُدَوْنَة » سحنون عبد السلام التنوخى المتوفى عام ٢٤٠ هـ تُختصر مراراً عديدة جداً ، وأكثر هذه المختصرات تداولاً هو مختصر أبى محمد عبد الله بن أبى زيد القيروانى المتوفى عام ٣٨٦ هـ . ثم تلاه أبو سعيد حلف المعروف بالبرادعى ، وكان من أصحاب أبى زيد ، فاختصر مختصره ؛ ثم جاء أبو عمرو عثمان بن أبى بكر المعروف بابن الحاجب ، المتوفى عام ٦٤٦ هـ ، فاختصر تهذيب البرادعى ؛ ثم جاء خليل بن إسحاق الكردى المصرى المتوفى عام ٧٧٦ هـ على القول الصحيح ، واختصر مختصر ابن الحاجب فى مختصر كتب له الخلود حتى اليوم ، إذ هو من أشهر ما يُدرس فى المعاهد الدينية من مُتون الفقه المالكى .

فانظر أى اختصار حدث لمختصر ابن أبى زيد ! وأى إلغاز وركاكة فى التعبير يجب أن يكون عليه هذا المختصر الشهير لخليل^(٢) وهذا المختصر كان من حظه أن تناوله كثير من فقهاء المالكية بالشرح والتعليق ، وليس هنا موضع ذكر ذلك ،

(١) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ١٤٣ .

(٢) أفطرى الجوى ، ج ٤ : ٢١٩ — ٢٢٠ . وقد نال أيضاً الكثير من كتب الشافعية والحنابلة حظ الشرح والتعليق والاختصار ، ولا حاجة إلى ضرب الأمثال .

على أننا سنشير إلى بعض هذه الشروح فيما يأتي من البحوث بعد الفراغ من هذا المدخل إن شاء الله تعالى .

٨٨ — وأخيراً ، نحب أن نسجل هنا أنه نجمت في هذه الأيام حركة مباركة تدعو بقوة إلى ترك التقليد الذي ران على العقول والصدور طوال تلك القرون ، وإلى فتح باب الاجتهاد لمن هو أهل له ، وهذه الحركة تتجاوب الدعوى لها هنا وهناك من بعض بلاد العالم الإسلامي .

ونعتقد أن أكبر الفضل في ذلك يرجع إلى رجلين عظيمين يعتبران من أعيان الفقهاء العلماء هما : شيخ الإسلام أبو العباس تقي الدين ابن تيمية المتوفى عام ٧٢٨ هـ ، وتلميذه وناشر آرائه أبو عبد الله شمس الدين بن قيم الجوزية ، صاحب كتاب « إعلام الموقعين » وغيره من عيون المؤلفات ، المتوفى عام ٧٥١ هـ . فقد حمل كل منهما على التقليد وأهله حملات قوية صادقة^(١) ، ودعوا في قوة إلى الاجتهاد والرجوع إلى كتاب الله وسنة رسوله وهو ما كان عليه السلف الصالح رضوان الله عليهم .

ثم جاء من بعد هذين الإمامين ، مؤسس المذهب الوهابي ، الذي هو في الحقيقة مذهب ابن تيمية ، أبو عبد الله محمد بن عبد الوهاب التيمي النجدى ، المتوفى عام ١٢٠٦ هـ ، وكان من حظه وحظ مذهبه ، أن أصهر إلى الأمير بن سعود النجدى ؛ ومن ثم ، وجد المذهب دعاة ينشرونه بالقوة ، حتى صار المذهب الرسمي في أصول الدين وفروعه للمملكة العربية السعودية حتى هذه الأيام ، كما صار له أنصار يعملون على نشره خارج هذه المملكة أيضاً^(٢) .

(١) راجع مثلاً إعلام الموقعين ، ج ٢ : ١٣٥ — ٢٠٧ . وابن تيمية وتلميذه ابن القيم يعتبران من الحنابلة ، إلا أنهما لم يجمدا على مذهب ابن حبل ، بل كانا مجتهدين يتبعان الدليل ولو أدى إلى خلاف المذهب .

(٢) ومما يدعو إلى العجب وللأسف معاً ، أن جبهة هؤلاء الدعاة والأنصار جمعوا بين الجهل والتقليد لابن تيمية وحده ، مع أن هذا الإمام كان حرباً على التقليد والمقلدين ! ولأنهم ليزعمون ، مع ذلك ، أنهم أنصار السنة الداعون للعمل بها وبالكتاب !

المذاهب الفقهية الهامة

٨٩ — قلنا ، فيما سبق ، إنه ظهرت مذاهب فقهية عديدة في دور نضج الفقه وكاله وتدوينه ، والآن تذكر أنه يمكن حصر أهم هذه المذاهب هكذا :

- | | |
|----------------------|--------------------|
| وهي مذاهب أهل السنة | ١ — المذهب الحنفي |
| | ٢ — المذهب الشافعي |
| | ٣ — المذهب المالكي |
| | ٤ — المذهب الحنبلي |
| وهما من مذاهب الشيعة | ٥ — مذهب الزيدية |
| | ٦ — مذهب الإمامية |

هذا إذا استثنينا المذهب الإباضي الذين يدين به بعض الخوارج في جهات قليلة جداً من العالم الإسلامي .

١- المذهب الحنفي

صاحب المذهب :

٩٠ — هو الإمام الأعظم أبو حنيفة ، النعمان بن ثابت بن زُوَطى التيمي الكوفي^(١) . وكان جده مملوكاً لبني تيم الله بن ثعلبة ، فأعتق ، فصار ولاؤه لهم ، ولد عام ٨٠ ، ثم توفي عام ١٥٠ هـ .

وهو ، كما يقول مؤرخوه الكثيرون ، إمام أصحاب الرأي ، وفقه أهل العراق ، أخذ علمه في الحديث والفقه عن كثيرين من أعيان العلماء ، إلا أنه

(١) أصله من الكوفة ، إلا أن الخليفة المنصور العباسي استقدمه إلى بغداد ، حيث مات بها . تاريخ بغداد للخطيب ، ج ١٣ . ٣٢٤ ، وانظر فيما بعد ذلك ترجمته مطولة .

بصفة خاصة قد تفقه بحمد بن أبي سليمان ، الذي أخذ الفقه عن إبراهيم النخعي^(١) .
وللإمام في الفقه منزلة لم يصل إليها غيره من معاصريه من كبار الفقهاء ، بله
من أتى بعدهم ، وهؤلاء المعاصرون هم : محمد بن عبد الرحمن ، بن أبي ليلى ، وكان
قاضي الكوفة ، وتوفي عام ١٤٨ هـ . وسفيان بن سعيد الثوري ، أحد أئمة الحديث ،
وقد توفي عام ١٦١ هـ . وشريك بن عبد الله النخعي ، وقد ولي قضاء الكوفة
للاخليفة المهدي ، وتوفي عام ١٧٧ هـ ، بالكوفة .

و بلغ من سمو منزلة أبي حنيفة في الفقه أن قال الإمام الشافعي : الناس في الفقه
عيال على أبي حنيفة . كما قال غيره ، موازناً بينه وبين سفيان الثوري : « أبو حنيفة
أفقه ، وسفيان أحفظ للحديث^(٢) » . وحين علم جريح بوفاته قال : « أي علم ذهب ! »
ويذكر أبو عبيد أنه سمع الشافعي يقول : « من أراد أن يعرف الفقه فليزِم أبا حنيفة
وأصحابه ؛ فإن الناس كلهم عيال عليه في الفقه^(٣) » .

ومع أمانته في الفقه لم تكن بضاعته في الحديث مزجاة ، فقد كان ثبتاً
فيما يروى من الحديث ، عالماً به ، وفيه يذكر الخطيب البغدادي عن بعض من روى
عنهم أنه قال : كان نعم الرجل نيمان ! ما كان أحفظه لكل حديث فيه فقه ، وأشد
فحسه عنه ، وأعلمه بما فيه من الفقه !^(٤) .

٩١ — ومن الطبيعي أن يكون بين أبي حنيفة وبين معاصريه من كبار رجال
الحديث والفقه شيء من الوحشة . ومرجع ذلك لاختلاف نزعة أهل الحديث ،
ونزعة أهل الرأي ، وهو إمامه ، أو للتنافس الذي يكون عادة بين المتعاصرين من

(١) انظر تذكرة الحفاظ للذهبي ، ج ١ : ١٥٩ ، تاريخ بغداد للخطيب ، ج ١٣ :
٣٣٣ — ٣٣٤ .

(٢) تذكرة الحفاظ ج ١ : ١٥٩ — ١٦٠ . وانظر موازنة أخرى بينهما يرويها الخطيب ،
ج ١٣ : ٣٤٣ ، وفيها جاء : أن أبا حنيفة فقيه تام الفقه ، وسفيان رجل متفقه .

(٣) تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٣٨ ، ٣٤٦ ، وانظر مفتاح السعادة ومصباح السيادة ،
ج ٢ : ٧٠ .

(٤) تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٣٩ .

العلماء . إلا أن مؤرخي هؤلاء الأعلام يحكمون دائماً بالقَوِّق لأبي حنيفة ، وبخاصة إن كان الأمر أمر الرأي والاجتهاد .

وهنا يحدث ابن مقاتل أن ابن المبارك قال : « إن كان الأثر قد عرف واحتيج إلى الرأي ، فرأى مالك وسفيان وأبي حنيفة ، وأبو حنيفة أحسنهم وأدقهم فطنة ، وأغوصهم على الفقه ، وهو أفقه الثلاثة » . ولذلك يذكر ابن المبارك أيضاً : « إن كان أحد ينبغي له أن يقول برأيه ، فأبو حنيفة ينبغي له أن يقول برأيه »^(١) .

٩٢ - وكما كان إماماً في الفقه ، كان فذاً في الورع والخوف من الله ، أو على الأقل ، كان ورعاً حقاً ، يخشى الله فيما يأتي ويذر . وقد تضافر مؤرخوه على ذلك تكاد لا نستثنى منهم أحداً^(٢) . إلا أننا نخص بالذكر هنا الخطيب البغدادي الذي روى نقوداً لا ذعة للإمام ملأ بها أكثر من خمسين صحيفة من كتابه الضخم المعروف : تاريخ بغداد ، حتى لقد استأهل أن يرد عليه فقيد العلم والإسلام المرحوم الشيخ زاهد الكوثري ، في كتابه الذي سماه : « تأنيب الخطيب على ما ساقه في ترجمة أبي حنيفة من الأكاذيب » ، ونشره عزت العطار الحسيني .

يذكر الخطيب عن بعض رواته أنه قال : « ما رأيت أحداً أفقه من أبي حنيفة وما رأيت أحداً أورع من أبي حنيفة »^(٣) كما يذكر عن الفضيل بن عياض أنه قال : « كان أبو حنيفة رجلاً فقيهاً معروفاً بالفقه ، مشهوراً بالورع ، واسع المال^(٤) ، معروفاً بالإفضال على كل من يطيف به ، صبوراً على تعليم العلم بالليل والنهار ، حسن الليل ، كثير الصمت ، قليل الكلام ، حتى ترد مسألة في حلال أو حرام ، فكان يحسن أن يدل على الحق ، هارباً من مال السلطان »^(٥) .

(١) هذان النقلان عن الخطيب ، تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٤٣ .

(٢) أنظر مثلاً تذكرة الحفاظ للذهبي ، ج ١ : ١٥٩ ، ١٦٠ ، ومفتاح السعادة ،

ج ٢ : ٧٧ وما بعدها .

(٣) تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٣٩ - ٣٥٨ .

(٤) كان ماله من تجارته ؛ إذ كان يرازاً يبيع الخبز ، أنظر مفتاح السعادة ، ج ٢ : ٦٩ ،

تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ١٥٩ .

(٥) تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٤٠ .

٩٣ — وبلغ من ورع أبي حنيفة . وامتناعه عن طلب الجاه والدنيا وزينتها ؛ أن أراده على القضاء بالكوفة يزيد بن عمر بن هبيرة ، عامل مروان بن محمد ، على العراق زمن بني أمية ، فرفض ، وكان أن ناله لذلك عذاب شديد ، وحسبك أنه جلد بالسوط في هذه السبيل ، فما زاده هذا إلا امتناعا . كما حبس لذلك أيضاً في زمن الدولة العباسية ، حين أراده أبو جعفر المنصور على القضاء . فأبى أيضاً^(١) .

ونظن ، مع المرحوم الشيخ الخضري^(٢) ، أن السبب الأول الحقيقي لهذه الفعلة من ابن هبيرة ، كان الرغبة في امتحان الإمام ليتبين مقدار ولائه للدولة القائمة بالحكم ، وبخاصة وقد كان من العلماء من يعرض عن مناصب الدولة ، إذا لم يكن محباً لها ، حتى لا يعتبر قبوله تأييداً لها ، وقد كانت هناك في ذلك العصر ثورات على الأمويين من طلاب الخلافة ، وإلا فالصالحون للقضاء في عصر أبي حنيفة كانوا كثيرين ، ومنهم طبعاً من كان لا يرغب عنه . ولهذا نرى أبا جعفر المنصور ، وهو يعرض على أبي حنيفة القضاء ، ويرى منه الإباء ، يسأله : « أترغب عما نحن فيه ؟ »^(٣) .

منهجه وأصوله :

٩٤ — عرف أبو حنيفة بأنه إمام القائلين في الفقه بالرأى والقياس ، وأنه من القائلين بالاستحسان ، وربما ترك من أجله القياس ، متى تبين له المصلحة في ذلك . إلا أن ذهابه إلى القياس أو الاستحسان ، كان بلا ريب ، بعد الرجوع إلى القرآن والسنة الثابتة لديه ، ولا يجد نصاً فيهما على حكم الله ، ثم بعد ألا يجد في المسألة موضوع البحث ، حكماً أو رأياً مجمماً عليه من الفقهاء ومن لهم حق الإجماع .

(١) الخطيب ، ج ١٣ : ٣٢٦ وما بعدها . الذهبي في تذكرته ، ج ١ : ١٦٠ . مفتاح السعادة ، ج ٢ : ٧٩ وما بعدها . وأين هذا من تهافتنا الآن ، نحن رجال الدين ، على التقرب لأصحاب السلطان وطلب المال ومتع هذه الحياة الدنيا !

(٢) تاريخ التشريع ، ص ٢٣٠ .

(٣) الخطيب ، ج ١٣ : ٣٢٨ .

وفى تقديمه العمل بالحديث على القياس نرى الخطيب يذكر أنه « كان إذا وردت عليه مسألة ، فيها حديث صحيح اتبعه ، وإن كان عن الصحابة والتابعين ، وإلا قاس وأحسن القياس »^(١) . وفى هذا أيضاً يذكر أبو حنيفة نفسه فيما يروى عنه : عَلِمْنَا هَذَا رَأَى ، وَهُوَ أَحْسَنُ مَا قَدَرْنَا عَلَيْهِ ، فَمَنْ قَدَرَ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَهُ مَا رَأَى ، وَأَنَا مَا رَأَيْتُ^(٢) » .

كما نقل عنه فى ذلك أيضاً أنه قال ، يوضح طريقته فى استنباط الأحكام الفقهية : « إِنِّى أَخَذْتُ بِكِتَابِ اللَّهِ إِذَا وَجَدْتَهُ ، فَمَا لَمْ أَجِدْ فِيهِ ، أَخَذْتُ بِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَالْآثَارَ الصَّحَاحَ عَنْهُ ، الَّتِي فَشَتْ فِي أَيْدَى الثَّقَاتِ . فَإِذَا لَمْ أَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، وَلَا سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، أَخَذْتُ بِقَوْلِ أَصْحَابِهِ مَنْ شِئْتُ ، وَأَدَعِ قَوْلَ مَنْ شِئْتُ ، ثُمَّ أَخْرَجْتُ مِنْ قَوْلِهِمْ إِلَى قَوْلِ غَيْرِهِمْ ، فَإِذَا انْتَهَى الْأَمْرُ إِلَى إِبْرَاهِيمَ وَالشَّعْبِيِّ وَالْحَسَنِ وَابْنِ سِيرِينَ وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ [يَرِيدُ الْمُجْتَهِدِينَ أَمْثَالَهُ] فَلِى أَنْ أَجْتَهِدَ ، كَمَا اجْتَهِدُوا^(٣) » .

ومن ذلك ، نعلم أن أصول الأحكام الفقهية هى فى مذهبه : الكتاب ، السنة ، الإجماع ، القياس ، والاستحسان . أما الكتاب والسنة فهما الأصلان المجمع عليهما من جميع الفقهاء ، وأما الأصول الأخرى فهى موضع الخلاف بينهم ، وقد أشرنا إلى ذلك الخلاف فيما مضى ، وستجىء له زيادة تفصيل فيما يأتى إن شاء الله تعالى .

تلمنزة :

٩٥ — لم يؤثر عن أبى حنيفة صاحب المذهب أنه كتب كتاباً فى الفقه ،

(١) تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٤٠ .

(٢) الملل والنحل للشهرستانى ، على هامش القمل لابن حزم ، الطبعة الأولى بالقاهرة

سنة ٤٧ — ١٣٤٨ هـ ج ٢ : ٣٩ .

(٣) أنظر تاريخ التشريع للخضرى ، ص ٢٣١ ، وفلسفة التشريع فى الإسلام

للدكتور صبحى محمضانى ص ٣١ ، قلا عن الانتقاء فى فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء لابن عبد البر ،

طبعة القاهرة عام ١٣٥٠ ، ص ١٤٣ .

ولكن مذهبه خلد مع الزمن ، ولم يندثر كما اندثرت مذاهب كثير من الفقهاء الذين عاصروهم ، أو سبقوه في الحياة^(١) بفضل تلاميذه وأتباعه الأجلاء العديدين على مر القرون .

فبفضل هؤلاء الأتباع دونت كتب المذهب ، هذه الكتب التي حفظت آراء الإمام وأقواله وأصول المذهب ، وأكثرت عليها من التطبيقات والتفريعات ، لحوادث وقعت فعلا ، أو فرض وقوعها فيما يأتى من الزمان . وكان أشهر أولئك الأتباع والتلاميذ الذين جلسوا منه مجلس المتعلم من المعلم ، أربعة :

٩٦ - ١) أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصارى الكوفي فقيه العراقيين كما يلقبه الذهبي^(٢) . ولد عام ١١٣ هجرية بالكوفة ، ومال إلى الحديث ، فصار حافظاً ، ثم اتصل بأبي حنيفة ، ولزمه يطلب العلم عنه ، فغلب عليه رأى ولفقه كان الإمام يتعاهده بالنفقة اللازمة من آن لآن ، حتى وصل إلى ما أراد من العلم والجلالة في الفقه والقضاء ، وصار في المنزلة الرفيعة لدى الرشيد ، فجعله قاضى القضاة ، وهو أول من دعى بذلك^(٣) ، وكانت وفاته عام ١٨٢ هـ

ولأبي يوسف الفضل الأكبر على المذهب ، فقد كان ظاهر الفضل بين أصحاب الإمام ، بل كان — كما يروى مؤرخوه — أفقه أهل عصره ، و« هو أول من وضع في أصول الفقه على مذهب الإمام ، وأملى المسائل ، وبث علم الإمام في أقطار الأرض^(٤) ومع هذا كله ، فقد كان الفقه أقل علومه .

ومع اتصاله بأبي حنيفة اتصال التلميذ بالأستاذ ، وأخذ الفقه عنه ؛ كان بلا شك ، مجتهداً ، فخالف إمامه في مسائل أو مواضع ، كما يذكر ابن العباد^(٥) ،

(١) أمثال الليث بن سعد والأوزاعي وسيفان الثوري ، على ما سيجىء .

(٢) تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ٢٦٩ .

(٣) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ١٠١ ، شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ، ج ١ : ٢٩٨ ، ٣٠٠ .

(٤) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ١٠٢ ، ١٠٥ ، شذرات الذهب ، ج ١ : ٣٠١ .

(٥) شذرات الذهب ، ج ١ : ٢٩٩ .

وكما يعرف الدارسون للمذهب ، المطلعون على آراء الإمام ، وآراء تلامذته وأتباعه ، ولهذا ، نعتقد أنه من تواضع التلميذ للشيخ الأكبر ما أثر عن أبي يوسف من أنه كان يقول : « ما قلت قولاً خالفت فيه أبا حنيفة رحمه الله ، وإنما هو قول قاله ، ثم رغب عنه »^(١) ، وقريب من هذا ما رواه الخطيب البغدادي : « ما خالفت أبا حنيفة في شيء قط فتدبرته ، إلا رأيت مذهبه الذي ذهب إليه أنجي في الآخرة »^(٢) ، على أن هذه القولة تفيد أنه كان لأبي يوسف رأيه الخاص أحياناً في بعض المسائل .

وأخيراً ، نذكر أن قاضي القضاة ، قال عندما حضرته الوفاة : « كل ما أفتيت به فقد رجعت عنه ، إلا ما وافق الكتاب والسنة » ، وفي لفظ آخر : « إلا ما في القرآن واجتمع عليه المسلمون »^(٣) . ولا عجب أن يقول ذلك ، فقد كان كما ذكره الذهبي : أكثر أصحاب الرأي حديثاً وأثبتهم .

٩٧ - ب) محمد بن الحسن الشيباني ، وقد ولد عام ١٣٢ هـ ، ونشأ بالكوفة ، ثم انتقل إلى بغداد حاضرة الدولة والعلم في ذلك العصر . وتوفي عام ١٨٩ هـ بالري ، وكان ذهب إليها مع الخليفة الرشيد ، وكانت وفاته مع أبي الحسن علي بن حمزة الكسبائي في يوم واحد . وكان هذا شيخ القراءات والنحو ، فقال الرشيد في ذلك : « دفنت العربية والفقه بالري اليوم »^(٤) .

لم يتصل محمد بن الحسن بالإمام أبي حنيفة كثيراً اتصالاً مباشراً ؛ إذ كان لم يجاوز كثيراً طور الحدادة حين توفي الإمام . على أنه أفاد منه بلا شك طريقته في الفقه ، ثم أتم اصطناعها عن أبي يوسف ، وأعانه على النبوغ ما فطر عليه

(١) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ١٠٥ .

(٢) تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٤٠ .

(٣) أنظر الذهبي ، ج ١ : ٢٦٩ ، شذرات الذهب ، ج ١ : ٢٩٩ .

(٤) شذرات الذهب ، ج ١ : ٣٢١ .

من عقل ألمعى وفطنة عالية . وبلغ من نبوغه بين معاصريه أن صار مرجع أهل
الرأى والقياس ، وأبو يوسف لا يزال حياً .

ولا عجب في ذلك ، وقد عرفنا قولة الرشيد فيه حين مات ، وفيه أيضاً
يقول ابن العماد الحنبلى ما نصه : « وكان من أذكىاء العالم ، وقال أبو عبيد :
ما رأيت أعلم بكتاب الله منه ، وقال الشافعى : لو أشاء أن أقول : نزل القرآن بلغة
محمد بن الحسن ، لقلت ؛ لفصاحته »^(١) . ثم يقول الشافعى أيضاً ، بعد هذا الموضع
بقليل : لقد كتبت عن محمد وقر بعير ؛ لأنه يحمل الكثير ، ولولاه ما انفتق لى من
العلم ما انفتق^(٢) .

٩٨ — (ح) زفر بن الهزيل بن قيس الكوفى ، وقد عاش من عام ١١٠ —
١٥٨ هـ^(٣) وقد كان من أصحاب الحديث فى أول أمره ، ثم غلب عليه الرأى لصلته
بإمامه ، ومهر فى القياس ، حتى صار أقيس تلامذة أبى حنيفة وأصحابه .

وكان أبو الهزيل عابداً زاهداً ثقة مأموناً ، لم يدخل فى الدنيا ، ولم تنل منه ،
بل أقبل على العلم طلباً وتعلماً ونشراً له ، حتى توفى بالبصرة ، وليس فى بيته ما يُقوّم
بثلاثة دراهم ؛ لأنه كان يقول : لا أخلف بعد موتى شيئاً أخاف عليه الحساب^(٤) .

٩٩ — (د) الحسن بن زياد اللؤلؤى المتوفى عام ٢٠٤ هـ ، وقد تعلم أولاً
لأبى حنيفة نفسه ، ثم للصاحبين : أبى يوسف ومحمد من بعده ، إلا أن درجته

(١) شذرات الذهب ، ج ١ : ٣٢٢ .

(٢) يذكر ابن النديم أنه قال : كتبت عن محمد وقر جل كتباً ، أنظر الفهرست ص ٢٩٥ .

(٣) قدما ذكر الصاحبين عنه مع هذا ؛ لفضل أولهما فى نشر المذهب ، وفضل ثانيهما
فى تدوينه ، كما سنعرف قريباً .

(٤) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ١١٤ ، وانظر كلمة قصيرة عنه فى شذرات الذهب ،
ج ١ : ٢١٣ . وهنا نذكر أن كلمة « الصاحبين » تطلق فى كتب المذهب على : أبى يوسف
ومحمد ، وكلمة « الشيخين » على : أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، وكلمة « الطرفين » على :
أبى حنيفة ومحمد ، أما زفر فيذكر دائماً باسمه .

في الفقه لم تبلغ مطلقاً درجة أحد من هؤلاء ، وإن كان ابن العماد الحنبلي يذكر عنه أنه كان « رأساً في الفقه ^(١) » .

هؤلاء الأربعة هم أشهر أصحاب الإمام أبي حنيفة الذين أخذوا عنه العلم مباشرة وقد كان له تلاميذ آخرون ، لم يبلغوا شهرة أولئك الأربعة ، كما كان لتلاميذه أتباع وتلاميذ أيضاً ، وكان لكل منهم فضله في القيام على المذهب ونشره ، وهكذا توالت أجيال التلامذة والأتباع ، حتى وصل المذهب إلينا على ما نعرف الآن .

تدوين المذهب :

١٠٠ — محمد بن الحسن ، رضى الله عنه وأجزل ثوابه ، هو صاحب الفضل في تدوين المذهب في مؤلفات وصلت إلينا وتعتبر معينه وعموده الفقري . وليس بأيدي الأحناف من كتب الأولين إلا هذه الكتب .

على أن صاحبه أبا يوسف هو أول من دوّن كتباً في المذهب ، إلا أن الزمن لم يبق منها إلا كتابين :

(أ) رسالته في الخراج ، التي كتبها للخليفة الرشيد ، وهي رسالة قيمة جداً في سياسة الدولة وإداراتها المالية ، وقد طبعت هذه الرسالة مستقلة بمصر مرتين .

(ب) كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، وهو محمد بن عبد الرحمن ، المتوفى عام ١٤٨ هـ ، وقد سبق ذكره بين معاصري الإمام أبي حنيفة . وهذا الكتاب رواه الإمام الشافعي في كتابه المسمى « الأم » وجعل عنوانه : هذا كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة وابن أبي ليلى عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى ^(٢) . وفي هذا الكتاب نجد آراء أبي يوسف وآراء الشافعي ، في المسائل المختلف فيها ، مع آراء أبي حنيفة وابن أبي ليلى في كل منهما .

(١) شذرات الذهب ، ج ٢ : ١٢ .

(٢) أنظر الجزء السابع ص ٨٧ - ١٥٠ ، من الطبعة الأميرية بالقاهرة عام ١٣٢٦ هـ . وانظر في هذا الجزء أيضاً (ص ٣٠٣ - ٣٣٦) كتاب سير الأوزاعي ، ففيه أقوال كثيرة لأبي يوسف .

١٠١ - أما كتب أبي يوسف الأخرى فقد اندثرت بفعل الزمن ، وبسبب إهمال المسلمين في المحافظة على تراثهم العلمى المجيد ! ويتحدث ابن النديم عن مؤلفات أبي يوسف فيقول^(١) :

« ولأبي يوسف من الكتب فى الأصول والأمالى ، كتاب الصلاة ، كتاب الزكاة ، كتاب الصيام ، كتاب الفرائض ، كتاب البيوع ، كتاب الحدود ، كتاب الوكالة ، ، كتاب الوصايا ، كتاب الصيد والذبائح ، كتاب الغصب والاستبراء . ولأبي يوسف إملاء ، رواه بشر بن الوليد القاضى ، يحتوى على ستة وثلاثين كتابا مما فرعه أبو يوسف ، كتاب اختلاف الأمصار ، كتاب الرد على مالك بن أنس ، كتاب رسالته فى الخراج إلى الرشيد ، كتاب الجوامع ، ألقه ليحيى بن خالد (البرمكى) ، يحتوى على أربعين كتابا ، ذكر فيه اختلاف الناس والرأى المأخوذ به »
فأى ثروة علمية هذه التى ذهبت !

١٠٢ - بقى بعد ذلك أن نذكر كتب الإمام محمد ، التى هى المراجع الأصلية الأولى للفقهاء الحنفى ، والتى كما قلنا قد وصلت إلينا بحمد الله كاملة ، واشتغل بها الفقهاء الأحناف من بعد شرحاً وتعليقاً . وهى على نوعين :

(أ) ما نقله عنه الرواة الثقات ، وتسمى كتب « ظاهر الرواية » ، أو مسائل الأصول .
(ب) ما لم يصل إلينا برواية الثقات ، فليس لها مال للأولى من الشهرة والقبول واطمئنان النفس ، وتسمى كتب أو مسائل النوادر .

وكتب ظاهر الرواية ستة ، وهى : المبسوط^(٢) ، الجامع الكبير^(٣) ، الجامع الصغير^(٤) ، السير الكبير ، السير الصغير ، الزيادات . وهذه الكتب الستة نجدها مجموعة فى كتاب « الكافى » ، بعد حذف المكرر من المسائل فيها ، لأبى الفضل

(١) الفهرست ، ص ٢٨٦ .

(٢) ويعرف بالأصل ، وهو أطول وأهم كتبه لدى الأحناف .

(٣) طبع بمحيدر آباد بالهند .

(٤) مطبوع على هامش كتاب الخراج لأبى يوسف طبعة بولاق عام ١٣٠٢ .

المروزي المعروف بالحاكم الشهيد ، والمتوفى عام ٣٤٤ هـ . ثم جاء في القرن الخامس شمس الأئمة محمد بن أحمد السرّخسي ، فشرح هذا الكتاب في كتابه : المبسوط ، وهو في ثلاثين جزءا ، فصار الكتاب بشرحه أهم الكتب الأصيلة في مذهب الأحناف .

ومن كتب أو مسائل النوادر كتاب أمالي محمد في الفقه ، أو الكيسانيات نسبة إلى راويها شعيب الكيساني ، الرقيّات ، وقد جمع فيه ما عرض له من المسائل وهو قاضي الرقة ، المارونيات ، الجرجانيات ، الخارج في الحيل^(١) ، زيادة الزيادات نوادر محمد رواية ابن رستم .

١٠٣ — وللإمام محمد غير ما ذكرنا كتاب الرد على أهل المدينة ، وكتاب الآثار ، وهو مجموعة من الأحاديث في الفقه . ونجد الكتاب الأول في الجزء السابع من كتاب « الأم » للشافعي ص ٢٧٧ — ٣٠٣ ، بعنوان : كتاب الرد على محمد بن الحسن ، كما نجد الثاني مخطوطاً بدار الكتب المصرية رقم ٤٣ ، ١٠٤ م فقه حنفي^(٢) .

وبعد ما كتبه تلاميذ أبي حنيفة المباشرون ، يأتي ما كتبه تلاميذ هؤلاء ، ثم ما كتبه من جاء بعدهم من الطبقات الأخرى . وقد كان لنا من ذلك كله تراث علمي ضخم قيم ، من كتب الفقه والأصول والفتاوى والواقعات التي لم يرد فيها أقوال للأئمة السابقين ، فاجتهد فيها المتأخرون ، وهذا التراث هو ما نعتمد عليه حتى الآن . وقد نعرض لذكر شيء منه بعد حين .

(١) نشرة المستشرق الألماني شغنت ، بليرج عام ١٩٣٠ م .

(٢) يرجع إلى الفهرست لابن النديم لمعرفة تراث محمد بن الحسن في الفقه ، ص ٢٨٧ — ٢٨٨ ،

ولمعرفة تراث الحسن بن زياد اللؤلؤي ، ص ٢٨٨ .

٤ - المذهب الشافعي

مؤسس المذهب :

١٠٤ - هو أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، وينتهي نسبه إلى هاشم ابن عبد المطلب بن عبد مناف بن قصي بن كلاب ، فهو قرشي مُطَّلَبِيّ . ولد في غزوة من بلاد الشام^(١) عام ١٥٠ هـ ، وهو عام وفاة أبي حنيفة ، وما لبث أن حل إلى مكة ، بعد فطامه ، حيث نشأ بها ، وتوفي بمصر عام ٢٠٤ وكان قد انتقل إليها من قبل ، وبها نشر مذهبه الجديد .

نشأ الإمام الشافعي إذن بمكة ، وحفظ القرآن وهو لم يجاوز السابعة ، أو التاسعة من عمره ، ثم أقبل على اللغة والشعر ومعرفة أيام العرب ، فبرع فيها كلها ، وشاء الله له أن يوجهه لطلب الحديث والفقه وتعمق القرآن ، فنال من ذلك غايته ، ولم يبلغ العشرين من حياته ؛ فيذكرون أنه حفظ موطأ مالك ، وهو ابن عشر ، وعرضه عليه^(٢) ، ثم أذن له في الفتوى شيخه في الفقه ، وهو مسلم بن خالد الزنجي مفتي مكة حينذاك ، وهو ابن عشرين ، أو خمس عشرة سنة^(٣) .

وقديماً كانت الرحلة ، على ما فيها من مشاق ، سبيلاً للقاء العلماء ، وكسب العلم ، والتبحر فيه ؛ ولذلك نجد الشافعي يرحل إلى بغداد عام ١٩٥ هـ فيقيم بها عامين ، وقبل ذلك اتهم بالنشيع ، فحمل إلى العراق أيام الرشيد عام ١٨٤ هـ للتحقيق معه ، وأمكنه أن يدفع التهمة عن نفسه ، فأطلقه الخليفة ، ووصله . وهناك بالعراق أفاد واستفاد ، وأخذ عن محمد بن الحسن بصفة خاصة ، أخذ عنه ما شاء الله من علمه ، وكتب عنه حمل بعير من الكتب ، كما ذكرنا من قبل في ترجمة الإمام محمد .

(١) وقيل ولد بستان ، أو اليمن ، أو مدي ، أقوال مختلفة . شذرات الذهب ، ج ٢ : ٩ .

(٢) أنظر مفتاح السعادة ، ج ٢ : ٨٩ — ٩٠ .

(٣) تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ٣٢٩ ؛ شذرات الذهب ، ج ٢ : ٩ .

١٠٥ - وفي بغداد كتب المؤلفات التي حوت مذهبهم القديم في الفقه ، ثم عاد إلى مكة ، ليرحل إلى بغداد مرة أخرى عام ١٩٨ هـ ، ويقيم بها شهراً واحداً ، وأخيراً حطّ رحاله بمصر عام ٢٠٠ هـ حيث أنشأ مذهبهم الجديد وصنف فيه الكتب الخالدة التي رواها عنه تلاميذه ، ومن هذه المؤلفات « رسالته » في أصول الفقه وكتاب « الأم » في الفقه من كل نواحيه .

وبهذه « الرسالة » يعتبر الشافعي أول من كتب في أصول الفقه ، لا نعرف في ذلك مخالفاً ، كما هو أول من عني بتقرير ناسخ الحديث من منسوخه ، وأول من ألف في أبواب كثيرة معروفة من الفقه^(١) .

١٠٦ - وقد بلغ الشافعي من المنزلة ، في شخصه وأخلاقه وعلمه ، ما جعل طاش كبرى زاده يقول : « اتفق العلماء قاطبة من أهل الفقه والأصول والحديث ، واللغة والنحو وغير ذلك ، على أمانته وعدالته وزهده ، وورعه وتقواه وجوده ، وحسن سيرته وعلو قدره ، فالطنب في وصفه مقصر ، والمسهب في مدحته مقتصر »^(٢) .

ومن ثم ، نجد عبد الله بن أحمد بن حنبل يقول لوالده : « أي رجل كان الشافعي ، فإني رأيتك تكثر الدعاء له ؟ فقال لي : يا بني ! كان الشافعي كالشمس للنهار وكالعافية للناس ، فانظر هل لهُذين من خلف أو عنهما من عوض »^(٣) .

وكان الإمام ابن إدريس ، مع جلالته في العلم ، مناظراً حسن المناظرة أميناً فيها ، طالباً للحق منها . وقد بلغ من ذلك أن أثرت عنه هذه الكلمة : ما ناظرت أحداً قط إلا أحببت أن يوفق ويسدد ويعان ، وتكون عليه رعاية من الله وحفظه

(١) شذرات الذهب ، ج ٢ : ١٠ ، عن حسن المحاضرة للسيوطي ؛ وانظر مقدمة ابن خلدون ، ص ٣٦٠ ، حيث يؤكّد أن الشافعي هو أول من كتب في أصول الفقه .

(٢) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ٩٣ .

(٣) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ٩٠ .

وما ناظرت أحداً إلا ولم أبال بين الله الحق على لسانى أو لسانه^(١) « وفي الحق ، ليس كاللجاجة بين العلماء والرغبة في نصر الرأي ولو بالباطل ، مضیعة للحق الذى يجب أن يكون طلبه العلماء ! .

١٠٧ — ويتبين لنا تعمق الشافعى للقرآن ، وبصره بالحجج والأدلة ، وقوته في الاستدلال ، من هذه المناظرة بينه وبين فقيه خراسان إسحاق بن راهوية المتوفى عام ٢٣٨ هـ .

روى اسحاق هذا أنه كان بمكة هو وأحمد بن حنبل والشافعى ؛ وكان لا يرى أن يجلس إليه ويترك الجلة من الفقهاء لقرب سنه من سنه ، فحثه ابن حنبل مع ذلك على الذهاب إليه والانتفاع به . قال : فذهبت إليه وتناظرنا في كراء بيوت أهل مكة^(٢) ، وكان الشافعى تساهل في المناظرة وأنا بالغت في التقرير . ولما فرغت من كلامى ، وكان معى رجل من أهل حمرو ، فالتفت إليه وقلت له بالفارسية : هذا الرجل ليس له كمال . فعلم الشافعى أنى قلت فيه سوءاً ، فقال لى : أتناظر ؟ قلت للمناظرة جئت . فقال الشافعى قال الله تعالى : « للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم^(٣) » . فنسب الديار إلى مالكها أو إلى غير مالكها ؟ وقال النبى صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة : « من أغلق بابه فهو آمن ، ومن دخل دار أبى سفيان فهو آمن » ؛ فنسب الديار إلى أربابها أم إلى غير أربابها ؟ واشترى عمر بن الخطاب داراً للسجن من مالك أو من غير مالك ؟ وقال النبى صلى الله عليه وسلم : وهل ترك لنا عقيل من دار ؟ ! قال اسحاق : الدليل على صحة قولى أن بعض التابعين قال به فقال الشافعى لبعض الحاضرين : من هذا ؟ فقيل إسحاق بن إبراهيم الحنظلى ؛ فقال الشافعى : أنت الذى يزعم أهل خراسان أنك فقيههم ؟ قال اسحاق : هكذا

(١) راجع مفتاح السعادة ، ج ٢ : ٩١ ؛ شذرات الذهب ، ج ٢ : ١٠ .

(٢) كان اسحق لا يرى هذا جائزاً لزعمه أن هذه البيوت ملك لجميع المسلمين ، ويراه

الشافعى جائزاً .

(٣) سورة المحرم ، ٥٩ : ٨ .

يزعمون ؛ فقال : أقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأنت تقول : قال عطاء وطاووس والحسن وإبراهيم ، وهل لأحد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة ! فقال اسحاق : اقرأ : سواء العا كف فيه والباد^(١) ؛ فقال الشافعي : هذا في المـسـجـد [الحرام] خاصة^(٢)

مذهب وأصوله :

١٠٨ — أساس مذهب الشافعي وأصوله نجدها مدونة في « الرسالة » ، وتظهر لنا واضحة بالتطبيق في الفروع في كتابه « الأم » أيضاً^(٣) .

فهو يرجع أولاً إلى القرآن وماظهر له منه ، إلا إن قام لديه الدليل على وجوب صرفه عن ظاهره . ثم إلى سنة الرسول حتى خبر الواحد منها ، أي الحديث الذي ينفرد راو واحد بروايته ، إلا أنه يشترط لذلك أن يكون راويه ثقة في دينه ، معروفا بالصدق في حديثه ، حافظاً عالماً بما يحدث به ، بريئاً من التدليس في روايته ، ثم أن يكون الحديث متصلاً بسنده إلى الرسول . فإذا اجتمعت في « خبر الواحد » هذه الشروط ، لم يطلب بعدها أن يكون الحديث مشهوراً كما شرط الأحناف ، أو يؤيده عمل أهل المدينة كما ذهب إليه مالك .

وبعد هذين الأصلين ، يجيء الإجماع إن لم يعلم له مخالف ، ثم القياس بشرط أن يكون له أصل من الكتاب والسنة ، فهو لا يسرف فيه كما يصنع أهل العراق أو الأحناف ولهذا رفض الأخذ بما يروونه من الاستحسان^(٤) .

وإمل الذي جعل الشافعي يأخذ بالحديث أكثر من أبي حنيفة حتى ليقبل منه خبر الواحد إذا توافرت فيه الشروط التي اشترطها ، أنه كان « حافظاً للحديث بصيراً

(١) سورة الحج م ، ٢٢ : ٢٥ .

(٢) طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي ، ج ١ : ٢٣٦ .

(٣) الرسالة ، على هامش الجزء الأول من الأم ، ج ١ : ٥٢ ، وانظر أيضاً ص ٥٥

وما بعدها .

(٤) أنظر الرسالة ، ص ٦٩ وما بعدها .

بعلة لا يقبل منه إلا ما ثبت عنده^(١) ، فربما صح عنده من الأحاديث ما لم يصح عند أبي حنيفة وأصحابه ، وإلا فالجميع يرون الأخذ بالحديث متى ثبت صحته .
ونعتقد أن هذه القولة التي أشرت عنه : « إذا صح الحديث فاضربوا بقولي الحائط^(٢) »
يقولها الإمام أبو حنيفة والأئمة الآخرون أيضاً .

تدوين المذهب :

١٠٩ — أتيح للشافعي ، ما لم يتح لغيره من الأئمة الكبار ، من تدوين مذهبه ونشره في كتب كتبها بنفسه ، سواء في ذلك مذهبه القديم بالعراق والجديد بمصر ، وذلك بفضل ما قام به من رحلات علمية في البلاد المختلفة . وأم هذه الكتب هي^(٣) :

(أ) « الرسالة » في أصول الفقه ، وقد طبعت مع الجزء الأول من كتاب « الأم » عام ١٣٢١ هـ . بالمطبعة الأميرية ، وقام بعد ذلك الأخ العلامة الأستاذ الشيخ أحمد شاكر بنشرها مستقلة مع تعليقات كثيرة قيمة ، بمطبعة الحلبي بالقاهرة عام ١٣٥٧ هـ .

(ب) كتاب « الأم » وهو الكتاب الفذ في زمنه ؛ من ناحية الأسلوب ، ودقة التعبير ، وعرض آراء العلماء المخالفين له ، وقوة المناظرة معهم ، فهو لذلك يمثل خير تمثيل حياة الفقه والفقهاء في عصره .

١١٠ — وهذا الكتاب مع الشك الضعيف الذي قام في نسبه إلى الشافعي^(٤) يشمل أبواب الفقه كلها ، وقد ألحق به كثير من الكتب الأخرى التي كتبها الإمام نفسه ، ومن هذه الكتب ، وهي لا تعدو أن تكون رسائل لطيفة ، كتاب

(١) تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ٣٣٠ .

(٢) المصدر نفسه ، ص ٣٣٠ أيضاً .

(٣) انظر ، لمعرفة سائر كتب الشافعي ، الفهرست لابن النديم ص ٢٩٥ — ٢٩٦ .

(٤) انظر مثلاً إحياء علوم الدين للغزالي ، ج ٢ : ١٦٦ المطبعة العثمانية بمصر عام ١٩٢٣ .

« جماع العلم »^(١) وهو انتصار للسنة والعمل بها ؛ وكتاب « إبطال الاستحسان » الذي رد به على فقهاء الأحناف ؛ كتاب « اختلاف مالك والشافعي » فيما يتصل بالسنة ؛ كتاب « الرد على محمد ابن الحسن » صاحب أبي حنيفة ، وقد أشرنا إلى هذا الكتاب من قبل ، إلى غير ذلك كله من الكتب الأخرى التي ألحقت بالجزء السابع من طبعة مصر^(٢) كما قد طبع بعضها مستقلا في مصر وغيرها .

١١١ — على أنه مهما قلنا إن الإمام هو الذي دَوَّن مذهبهم وقام على نشره في البلاد التي ارتحل إليها أو اتخذها وطناً له ، فما ينبغي لنا أن ننسى فضل تلاميذه الذين أخذوا عنه مشافهة ، والطبقات الأخرى من الأتباع الذين عملوا جهدهم على تأييد المذهب وتعميم نشره .

وهؤلاء التلاميذ والأتباع لا يحصون كثرة ، بالحجاز والعراق ومصر وغيرها من البلاد الإسلامية ، ولكن نخص بالذكر هنا ثلاثة من التلاميذ المصريين^(٣) الذين جالسوه وأخذوا عنه مذهبهم بعد أن تم نضجه وبلغ كماله ومنهم من كان الراوية الذي روى لنا الرسالة والأم نفسيهما ، وهؤلاء الثلاثة هم :

١ — يوسف بن يحيى البُوَيْطِيُّ ، أكبر الأصحاب المصريين ، وهو الذي قيل أنه صنف كتاب « الأم » الذي أظهره الربيع بن سليمان الآتي ذكره بعد تعديلات فيه ، وقد توفي عام ٢٣١ هـ . وهو مسجون ببغداد بسبب فتنة القول بخلق القرآن التي آثارها الخليفة المأمون .

٢ — أبو إبراهيم اسماعيل بن يحيى المزني ، وفيه يقول الشافعي نفسه :

(١) نشره مستقلا صديقنا الأستاذ الشيخ احمد محمد شاكر ، عام ١٩٤٠ م . بمطبعة دار المعارف

(٢) بدى في هذه الطبعة الأميرية عام ١٣٢١ ، وانتهت عام ١٣٢٦ هـ .

(٣) أما أصحابه المراقبون ، فن أشهرهم أبو ثور إبراهيم بن خالد بن اليمان الكلبي البغدادي المتوفى عام ٢٤٠ أو عام ٢٤٦ هـ كما يذكر ابن خلكان ؛ الحسن بن محمد بن الصباح الزعفراني ، وهو أوثق رواة مذهبهم القديم ، وتوفى عام ٢٦٠ هـ ، أبو علي الحسين ابن علي الكرايسي ، وكان أحفظ الأصحاب للمذهب ، وتوفى عام ٢٤٥ هـ .

« المزني ناصر مذهبي » ، كما قال فيه أبو اسحاق الشيرازي : « كان زاهدا عالما ، مجتهدا مناظرا محججا ، غواصا على المعاني الدقيقة ^(١) » . وقد أخذ عنه عدد كثير من علماء خراسان والعراق والشام ، وتوفي عام ٢٦٤ هـ .

٣ - الربيع بن سليمان بن عبد الجبار المرادي ، كان مؤذنا بجامع عمرو ، واتصل بالشافعي حتى صار راوية كتبه والثقة الثبت فيما يرويه عنه ، وعن طريقه وصل إلينا الرسالة والأم وغيرها من كتب الإمام . وبلغ من ثقة الأصحاب بما يرويه عن الإمام ، أنهم يقدمون روايته على رواية المزني إن تعارضا ، « مع علوّ قدر أبي إبراهيم [المزني] علما ودينا وجلالة وموافقة ما رواد للقواعد ^(٢) » ، وقد توفي عام ٢٧٠ هـ .

ونحن ندين بمعرفة مذهب الشافعي ، إلى هؤلاء التلاميذ وأصحابهم ، وإلى من تلامهم من الطبقات الأخرى التي توالى على مرور الأيام . فقد أضاف كل منهم إلى صرح المذهب لبينات كثيرة ، وصار لنا من ذلك كله تراث ضخم يملأ المكتبات في العالم الإسلامي ويحتاج إلى من يعمل على نشره والإفادة منه .

٤ - المذهب المالكي

مؤسس :

١١٢ - هو مالك بن أنس بن أبي عامر ، فقيه الحجاز وسيدها في وقته بالعلم ، بل فقيه الأمة كما يذكر شمس الدين الحافظ الذهبي ^(٣) ، وقد حدث عنه أم لا يكادون يُحْصَوْنَ ^(٤) ، ومع هذا لم يجلس للفتوى حتى شهد له سبعون من جلة العلماء أنه أهل

(١) النقلان عن طبقات الشافعية الكبرى ، ج ١ : ٢٣٨ .

(٢) المصدر نفسه ، ج ١ : ٢٥٩ .

(٣) تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ١٩٣ ؛ وانظر الفهرست لابن النديم ، ص ٢٨٠ - ٢٨١ وأيضاً مفتاح السعادة ، ج ٢ : ٨٤ .

(٤) وعن أخذ عنه العلم الإمام الشافعي .

لذلك كما قال هو نفسه^(١) . واستمر عمره الطويل ملازماً لمدينة الرسول ، جليلاً
مهيّباً ، حتى توفي عام ١٧٩ هـ في زمن الخليفة هارون الرشيد .

وكانت منزلته في الحديث والفقه من الرفعة بالدرجة التي يقول عنه الإمام
الشافعي : « إذا ذكر العلماء ، فمالك النجم ، وما أحد أمنّ على من مالك^(٢) » .
ومن ثم ، رحل إليه للأخذ عنه كثير من العلماء والفقهاء من المشارقة المصريين
والمغاربة وغيرهم ، وسيأتي ذكر بعضهم بعد حين عند الحديث عن مذهبه ورواياته وناشريه .

١١٣ — وكان يجلس العلم والعلماء فوق إجلاله لغيرهم من أصحاب الجاه والسلطان ،
ويعمل على نشر ما آتاه الله من العلم بين العامة والخاصة على سواء لديه في مجلسه ،
فلا ينتقل لأصحاب السلطان كعلماء هذا الزمان !

وفي ذلك ، نجد طاش كبرى زاده يقول : بعث هارون إلى مالك يستحضر
مجلسه لسمع منه إبناء الأمين والمأمون ، فقال له : يا أبا عبد الله ! ينبغي أن تختلف
إلينا حتى يسمع صدياننا منك الموطأ ؛ قال ، قلت : أعز الله أمير المؤمنين ! إن هذا
العلم منكم خرج ، فإن أنتم أعزتموه بعز ، وإن أذلتموه ذل ، والعلم يؤتى ولا يأتى ؛
فقال صدقت ، أخرجنا إلى المسجد حتى نسمع مع الناس ؛ قال مالك : بشريطة
ألا يتخطى رقاب الناس ، ويجلسا حيث ينتهى بهم المجلس ؛ فحضرا بهذا
الشرط^(٣) ! وكذلك فعل حين حج الرشيد نفسه ، إذ لما صار إلى المدينة أرسل
إليه ليحمل إليه كتابه الآنف الذكر ، فرفض الذهاب إليه ، فما كان من الخليفة
إلا أن قال :

« والله لا نسمع إلا في بيتك^(٤) » .

(١) الذهبي . ١ : ١٩٤

(٢) مفتاح السعادة ، ٢ : ٨٦

(٣) مفتاح السعادة ، ٢ : ٨٦

(٤) مفتاح السعادة ، ٢ : ٨٦ ، وقرأ هذا الحادث مطولاً ، في شذرات الذهب . ١ :

١١٤ — وهكذا ، نجد الإمام مالك بن أنس قوى الإيمان بالله فلا يخاف صاحب سلطان وإن كان الخليفة ، جريئاً يصدع بما يرى وإن أغضب ذوى النفوذ والسلطان ويصبر صبراً جميلاً على ما يناله من الأذى فى هذه السبيل .

وقد أودى بالفعل أذى شديداً حتى ضربه جعفر بن سليمان والى المدينة بالسياط لما نسب إليه من أن البيعة لا تصح مع الإكراه ، ومعنى هذا أن بيعة بنى العباس باطلة . ويرى بعض المؤرخين أن سبب هذه المحنة هو إفتاؤه بتحريم زواج « المتعة » ، على خلاف ما كان يرى عبد الله بن عباس جد الخلفاء العباسيين^(١) ، ولعل السبب هو جماع الأمرين معا .

١١٥ — وكتابه : « الموطأ » هذا ، كتاب جليل فى الحديث والفقه ، ولعله أول كتاب من نوعه وفى طريقته وأسلوبه ، جمع فيه ما قوى عنده من حديث أهل الحجاز وأضاف إليه أقوال الصحابة وفتاوى التابعين ، ثم رتبته بعد ذلك كله على أبواب الفقه المعروفة ، وقد عمل فيه تأليفاً وتهذيباً نحو أربعين عاماً ، وقد لقي ثواب ما أنفق من جهد فى تلقى علماء البلاد الإسلامية له بالقبول . وسماه « بالموطأ » لأنه وطأ ومهد به للناس ما اشتمل عليه من الحديث والفقه ، أو لأن العلماء المعاصرين له بالمدينة واطثوه ووافقوه عليه^(٢) .

وللإمام كتب وتآليف أخرى ذكرها من أرخوا له^(٣) ، إلا أنه لم يبق منها بأيدينا إلا هذا الكتاب النفيس القيم الذى طبع مراراً بالهند ومصر وغيرها من البلاد الإسلامية .

١١٦ — ولجلالة هذا الكتاب فى الحديث والفقه ، أراد غير واحد من الخلفاء

(١) راجع الفهرست ، ص ٢٨٠ ؛ شذرات الذهب ، ج ١ : ٢٩٠ ؛ والإمامة والسياسة

لابن قتيبة ، ج ٢ : ١٥٦ ، نشر مصطفى محمد بالقاهرة ، الديباج المذهب ، ص ٢٨ .

(٢) ذكر هذا حاجى خليفة فى كتابه : كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون .

(٣) انظر ، مثلاً ، الديباج المذهب لابن فرحون ، ص ٢٧ .

حمل الناس عليه ليكون مرجعاً وإماماً لهم في هذا الباب ؛ أراد ذلك المنصور ثم المهدي ثم الرشيد ، إلا أن الإمام رفض ذلك بحق^(١) .

وكان من أمره مع الرشيد ، أنه لما أراد الرشيد الشخص إلى العراق ، قال لمالك : ينبغي أن تخرج معي ، فإني عزمتم أن أحمل الناس على الموطأ كما حمل عثمان الناس على القرآن^(٢) ، فقال : أما حمل الناس على الموطأ فليس إلى ذلك سبيل ؛ لأن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم افترقوا بعده في الأمصار فخذثوا ، فعند أهل كل مصر علم ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اختلاف أمتي رحمة . وأما الخروج معك فلا سبيل إليه ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : سيخرجون بعدي من المدينة لأجل الدنيا ، والمدينة خير لهم لو كانوا يعلمون ، وقال : « المدينة تنفي خبيثتها »^(٣) . ونعتقد بحق أن إمام دار الهجرة كان موقفاً من الله حين لم يستمع إلى ما أراده أولئك الخلفاء .

المذهب وأصوله :

١١٧ — لعل من أفضل ما يجمع أصول الأدلة التي ذهب إليها وأقام عليها مذهبه ، هو ما ذكر القاضي أبو الفضل عياض بن موسى في كتابه « المدارك » ، ونحن نبداً بنقل هذا النص على طوله قليلاً .

إنه يرى أن أصول الأدلة ومداركها ، لها فيما بينها ترتيب يوجب العقل ويشهد له الشرع . وذلك أنه يجب أولاً « تقديم كتاب الله عز وجل على ترتيب أدلته في الوضوح ، من تقديم نصوصه ، ثم ظواهره ، ثم مفهوماته ، ثم كذلك السنة على ترتيب متواترها ومشهورها وآحادها ، ثم ترتيب نصوصها وظواهرها ومفهومها ، ثم الإجماع ، عند عدم الكتاب ومتواتر السنة . وعند عدم هذه الأصول كلها ، القياس

(١) راجع الديباج المذهب ، ص ٢٥

(٢) يريد طبعاً ، المصحف الإمام الذي اختاره الخليفة الثالث من بين المصاحف الأخرى .

(٣) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ٨٧ ، وفي بعض الروايات ، أن المنصور أو الرشيد أراد تعليق

هذا الكتاب بالكعبة ، وتوزيعه في الآفاق ، وحمل الناس عليه ، حسماً لمادة الخلاف .

عليها ، والاستنباط منها ؛ إذ كتاب الله مقطوع به ، وكذلك متواتر السُّنة ، وكذلك النص مقطوع به ، فوجب تقديم ذلك كله ، ثم الظواهر ثم المفهوم لدخول الاحتمال في معناها ، ثم أخبار الآحاد عند عدم الكتاب والمتواتر منها ، وهي مقدمة على القياس ؛ لإجماع الصحابة على الفصلين^(١) ، وتركهم نظر أنفسهم متى بلغهم خبر الثقة ، وامتناعهم مقتضاه دون خلاف منهم في ذلك . ثم القياس أخرى عند عدم الأصول [أى المتقدمة] ، على ما مضى عليه عمل الصحابة رضى الله عنهم ومن بعدهم من السلف المرضيين .

و« أنت إذا نظرت لأول وهلة منازع هؤلاء الأئمة وما خذم في الفقه ، واجتهادهم في الشرع ، وجدت مالكا رحمه الله ناهجا في هذه الأصول مناهجا ، مرتباً لها مراتبها ومداركها ، مقدماً كتاب الله عز وجل على الآثار ، ثم مقدماً لها على القياس والاعتبار ، تاركاً منها ما لم يتحمله الثقات العارفون بما يحملونه أو يحملونه أو ما وجد الجمهور والجم الغفير من أهل المدينة قد عملوا بغيره وخالفوه . ثم كان من وقوفه في المشكلات ، وتحريمه عن الكلام في المغوصات ، ما سلك به سبيل السلف الصالح ، وكان يرجح الاتباع ويكره الابتداع والخروج عن سنن الماضين^(٢) .

١١٨ — من هذه الكلمة الجامعة ، نعلم أن الإمام مالك بن أنس يرجع في فتاويه أولاً إلى القرآن ، ثم إلى السُّنة ، وبعد هذين يجرى الإجماع والقياس ، إلا أنه لا يجعل للقياس الخطر والقيمة التي يجعلها له الأحناف ، وفي مقابل ذلك يجعل لعمل أهل المدينة — دار العلم وموطن الحديث حينذاك — أهمية كبرى ، حتى أنه ربما لا يعمل بالحديث الذي لا يؤيده عمل أولئك .

وكذلك يقول بأصل أو دليل سماه المصالح المرسلة . ومعنى هذا المصالح التي أطلقت عن نص من الشارع بوجوب أو لا يوجب اعتبارها ، وكانت مصالح حقيقية للفرد أو الأمة .

(١) لعل الأصح : الأصلين .

(٢) الديباج المذهب ، ص ١٦

وهنا نشير إلى ما سبق أن ذكرناه في تاريخ الفقه أيام الصحابة ، من أن عثمان وعمر وغيرهما من الصحابة قد ذهبوا إلى آراء وأحكام رُبما لا نجد دليلاً لها إلا هذا الأصل ؛ مثل رأى عثمان في عدم جواز التقاط ضوَالِ الليل ، وجعل ذلك لعامل من قبل بيت المال يحفظها لربها إن جاء ، وإلا تكون للمسلمين عامة ؛ ورأى عمر في عدم قسمة أرض السواد بالعراق وغيرها بين الفاتحين ، ووضع الخراج عليها والجزية على أهلها للمسلمين عامة في كل زمان .

رواة المذهب :

١١٩ — قلنا إنه ارتحل إلى مالِك خلق كثير من الناس ، وبخاصّة وقد اتخذ مدينة الرسول مقاماً له طوال حياته ، ومن هؤلاء فريق من المشاركة المصريين ، وآخرون من بلاد أفريقية الشمالية والأندلس ، وكان من أشهر الأولين .

١٢٠ — (١) أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العتقي المتوفى بمصر عام ١٩١ هـ تفقّه على مالِك وطالت صحبته له ، وإن أخذ عن غيره كالليث بن سعد فقيه مصر ، وروى عنه غيره من الفقهاء مثل أصْبَغ بن الفَرَج الآتي ذكره . ويذكره ابن خلكان فيقول : « جمع بين الزهد والعلم وتفقه بالإمام مالِك ونظرائه ، وصحب مالكا عشرين سنة . . وهو صاحب المدوّنة في مذهبهم وهي من أجل كتبهم ، وعنه أخذ سحنون^(١) » .

وبلغ من قدره لدى الإمام ، أن قال عنه وقد ذكر له : « عافاه الله ، مثله كمثل جراب مملوء مسكاً »^(٢) ، كما قال عنه ، وقد سئل عنه وعن ابن وهب زميله في الأخذ عن مالِك : « ابن وهب عالم ، وابن القاسم فقيه » .

ويذكر النسائي أنه ليس أحد من أصحاب مالِك مثله^(٣) . ولا عجب في هذا فقد انفرد بالإمام على حين شغل سواه بغيره ، فكان كما يقول يحيى بن يحيى أعلم الأصحاب بعلم مالِك وأمنهم عليه .

(١) وفيات الأعيان ج ١ : ٣٩٠

(٢) الديباج ، ص ١٤٦

(٣) المصدر نفسه ، ص ١٤٧ ، وابن خلكان ، ص ١ : ٣٥٢

١٢١ — ٢) أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم ، معاصر سابقه ، والمتوفى عام ١٩٧ أو ١٩٩ هـ . أخذ الفقه عن شيوخ زمنه ، وبخاصة الليث بن سعد ومالك نفسه الذي دامت صحبته له زمناً طويلاً ، وله من الأحاديث ما رواها أصحاب الكتب الصحاح الستة جميعاً .

وقد أصاب منزلة رفيعة لدى مالك حتى كان يلقيه ، إذا كتب إليه ، بفقيه مصر وبالمفتى ، ولم يفعل ذلك لغيره^(١) . ويصفه أحمد بن حنبل بأنه عالم صالح فقيه ، كثير العلم ، صحيح الحديث ، ثقة صدوق . وبلغ من صلاحه وورعه وخوفه الله تعالى أن الخليفة كتب إليه في قضاء مصر ، فاخترني ولزم بيته ، وحدث أن رآه بعضهم فقال له : ألا تخرج إلى الناس فتقضى بينهم بكتاب الله وسنة رسوله ؟ فرفع إليه رأسه وقال : إلى هنا انتهى عقلك ! أما علمت أن العلماء يحشرون مع الأنبياء ، وأن القضاة يحشرون مع السلاطين !^(٢)

١٢٢ — ٣) أشهب بن عبد العزيز القيسي المتوفى عام ٢٠٤ هـ . روى عن كثيرين ومنهم مالك والليث بن سعد ، وأخذ الفقه عن مالك وغيره من فقهاء المدينة ومصر ، وإليه انتهت الرئاسة بمصر بعد ابن القاسم العتقي المذكور آنفاً . وفيه يقول الشافعي : ما رأيت أفقه من أشهب . وفي عبارة أخرى : ما نظرت أحداً من المصريين مثله^(٣) ، وهذه العبارة تخصص الأولى إذ تجعل المفاضلة في رأي الشافعي بين المصريين لا بين الفقهاء بإطلاق . وقد سئل سَخْنُون عن ابن القاسم وأشهب ، أيهما أفقه ؟ فقال : كانا كفرسي رهان ، ورُبما وُفِّقَ هذا وخُذِلَ هذا ورُبما خُذِلَ هذا وُفِّقَ هذا^(٤)

(١) الديباج المذهب ، ص ١٣٢ ، وابن خلكان ، ج ١ : ٣٥٢

(٢) ابن خلكان ، ج ١ : ٣٥٢ ، الديباج ، ص ١٣٣

(٣) ابن خلكان ، ج ١ : ١٠٩ ، ١١٠ ، وراجع أيضاً ابن فرحون ، ص ٩٩

(٤) الديباج ، ص ٩٩

١٢٤ — ٤) أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم المصري المتوفى عام ٢١٤ هـ ، أعلم أصحاب مالك بمختلف أقواله ، وإليه صارت رئاسة المالكية بعد أشهب ، وروى عن الإمام كتابه « الموطأ » سماعاً^(١) ، كما سمع عن غيره ؛ أمثال الليث بن سعد الفهمي شيخ الديار المصرية وعالمها المتوفى عام ١٧٥ هـ ، والقاضي عبد الله بن لهيعة المتوفى عام ١٧٤ هـ ، وسفيان بن عيينة^(٢) وغيرهم . ولما جاء الإمام الشافعي مصر نزل عليه إذ كان ذا جاه ومال عظيم ، وصار صديقه ، وأخذ عنه علماء كثيراً ، حتى « كتب كتبه لنفسه وابنه ، وضم ابنه محمداً [الآتي ذكره] إليه »^(٣) .

١٢٥ — ٥) أصْبَغ بن الفرج الأموي ولأهـ ، المتوفى عام ٢٢٥ أو ٢٢٦ هـ ، كما يذكر ابن خلـكان ، وقد تفقه بابن القاسم وابن وهب وأشهب الذين سبقوا التحدث عنهم وصار علماً فيه^(٤) . وكان ، في رأى البعض ، من أعلم خلق الله بمذهب مالك ومسائله ، ولم تخرج مصر مثله في الفقه في رأى عبد الله بن الماجشون^(٥) .

١٢٦ — ٦) محمد بن عبد الله بن عبد الحكم المتوفى عام ٢٦٨ هـ . أخذ العلم والفقه عن أبيه ومن عاصره من الفقهاء الذين سبق ذكرهم ، كما أخذ الكثير عن الشافعي على ما أشرنا إليه عند الحديث عن أبيه ، وانتهى إلى أن صار علماً من أعلام الفقهاء المبرزين حتى كانت إليه الرئاسة والفتيا بمصر ، والرحلة من بلاد المغرب والأندلس^(٦) .

ولطول محبته للشافعي واختلافه إلى مجالسه وأخذه عنه ، صار من الراسخين

(١) ابن خلـكان ح ١ : ٣٥٢ ؛ شذرات الذهب ، ٢٨ : ٣٤ .

(٢) أحد الأعلام في السنة والتفسير ، ونزيل مكة ، توفي عام ١٩٨ هـ . شذرات الذهب ،

ح ١ : ٣٥٤ .

(٣) الديباج ، ص ١٣٤

(٤) ابن خلـكان ، ح ١ : ١١٠

(٥) الديباج ، ص ٩٧ ؛ ابن خلـكان ، ح ١ : ١١٠

(٦) انظر ابن خلـكان ، ح ١ : ٦٥١ — ٦٥٢ ؛ الديباج ، ص ٢٣١

في مذهبه ، حتى « ربما تخير قوله عند ظهور الحجة له » . وله تأليف كثيرة في فنون العلم والرد على المخالفين ؛ منها ما رد به على الشافعي ، وما رد به على أهل العراق^(١) ، فهو إذاً — كأمثاله من فقهاء العصر — كان له نظره واجتهاده ورجيحه .

١٢٧ — (٧) محمد بن إبراهيم الأسكندري بن زياد المعروف بابن المَوَّاز ، والمتوفى عام ٢٦٩ هـ . أخذ الفقه عن علماء عصره ، حتى صار راسخاً في الفقه والفتيا ، وله كتابه المشهور « بالمَوَّازية » ، وهو — في رأى ابن فرحون — أجل كتاب ألفه المالكيون ، وأصح مسائله ، وأبسطه كلاماً وأوعبه^(٢) ، وقد قصد فيه إلى بناء فروع المذهب على أصوله .

١٢٨ — هؤلاء هم مشاهير رواة مذهب مالك وناشريه بمصر ، وهناك آخرون قاموا بهذا المهم في بلاد إفريقية الشمالية والأندلس وصقلية ، ونحن نذكر منهم :

(١) أبو الحسن علي بن زياد التونسي المتوفى عام ١٨٣ هـ . أخذ عن مالك والليث بن سعد وأضرابهما ، وكان عديم النظير في زمنه بإفريقية .

(٢) أبو عبد الله زياد بن عبد الرحمن القرطبي المتوفى عام ١٩٣ هـ ، ويلقب بشبّطون ، أخذ الموطأ عن مالك سماعاً ، وهو أول من أدخله الأندلس .

(٣) عيسى بن دينار القرطبي الأندلسي المتوفى عام ٢١٢ هـ ، وكان لا يتقدم عليه أحد في وقته في قرطبة العاصمة ، حتى كان يعتبر فقيه الأندلس .

(٤) أسد بن الفرات من أهل تونس ، وإن كان أصله من نيسابور ، المتوفى عام ٢١٣ هـ شهيداً بسرقوسة ، إذ كان أمير الجيش الذي ذهب لغزو صقلية . وقد سمع من مالك موطأه ، ثم سار إلى العراق حيث لقي أصحاب أبي حنيفة ، فأخذ عنهم ، كما أخذ عنه أبو يوسف موطأ مالك^(٣) . وهكذا ، كان أسد عالماً فقيهاً ، ومجاهداً يقود الجيوش حتى جاد بنفسه في هذه السبيل ، رضى الله عنه وأرضاه .

(١) الديباج ، ص ٢٣٢

(٢) الديباج ، ص ٢٣٣

(٣) الديباج المذهب ، ص ٩٨ .

(٥) يحيى بن يحيى بن كثير الليثي المتوفى عام ٢٣٤ ، وهو أندلسي قرطبي ، وأحد الذين انتهت إليهم الرياسة في العلم بالأندلس ، وبسببه انتشر المذهب المالكي بها .

(٦) عبد الملك بن حبيب بن سليمان السلمي المتوفى عام ٢٣٨ . كان أحد المفتين الرسميين ، ثم انفرد بالرياسة بعد وفاة يحيى الآنف الذكر .

(٧) سَحْنُون عبد السلام بن سعيد التَّنُوخِي المتوفى عام ٢٤٠ هـ . تفقه أولاً بالقيروان من أعمال تونس ، ثم كانت له رحلات إلى مصر والمدينة لقي فيها علماء القطرين وأخذ عنهم . وكان حافظاً للعلم حتى كأن العلم في صدره سورة من القرآن ! ولم يكن بينه وبين مالك أفاقه منه على ما يذكر بعضهم ؛ إذ كان فقيه أهل زمانه ، وشيخ عصره ، وعالم وقته . وهو صاحب « المدونة » في مذهب مالك التي يعتمد عليها المالكية^(١) .

١٢٩ — هذا ، وهناك غير هؤلاء وأولئك علماء وفقهاء آخرون نشروا مذهب مالك وقاموا عليه بالشرق ، غير مصر ، كالحجاز والعراق ، وأشهرهم :

(١) أبو مروان عبد الملك بن أبي سَلَمَةَ المَاجِشُون^(٢) المتوفى عام ٢١٢ هـ ، وكان مفتي مدينة الرسول في زمانه ، وهو سليل بيت علم معروف بالمدينة .

(٢) أحمد بن المُعَذَّل بن غَيْلان العبدى ، معاصر ابن الماجشون ومن أصحابه ، ولم نعرف تاريخ وفاته ، ولم يكن ، كما يذكر ابن فرحون ، لمالك بالعراق أرفع منه ولا أعلى درجة ؛ ولا أبصر بمذاهب أهل الحجاز^(٣) .

(٣) أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق القاضي المتوفى عام ٢٨٢ ، وأصله من البصرة ثم انتقل إلى بغداد واتخذها وطناً . ويذكره الخطيب البغدادي فيقول :

(١) الديباج ، ص ١٦١ — ١٦٢ .

(٢) بالجم المثناة الحركة ، كلمة فارسية معناها المورث ، ولقب بذلك جده لحرمة في وجهه . راجع ترجمته في وفيات الأعيان ، ج ١ : ٤٠٦ .

(٣) الديباج ، ص ٣١ .

« أخذ الفقه على مذهب مالك عن أحمد بن المعذل ، وتقدم في هذا العلم حتى صار علماً فيه ، ونشر من مذهب مالك وفضله ما لم يكن بالعراق في وقت من الأوقات وصنف في الاحتجاج لمذهب مالك والشرح له ما صار لأهل هذا المذهب مثلاً يحتذونه وطريقاً يسلكونه^(١) . . . إلى آخر ما قال .

٤ - المذهب الحنبلي

ابن حنبل صاحب :

١٣٠ — هو ، كما يقول الذهبي ، سيد المسلمين في عصره ، الحافظ ، الحجة ، أبو عبد الله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسيد الدُّهلي الشَّيباني ، ولد ببغداد عام ١٦٤ هـ وبها نشأ ، وإن كانت له رحلات إلى مدائن العلم وبلاده كالكوكة والبصرة ومكة والمدينة واليمن والشام والجزيرة ، ثم مات في شهر ربيع الأول عام ٢٤١ هـ . وبلغ من حفظه وجلالته في العلم أن قال عنه إبراهيم الحَرَبِي : « رأيت أحمد كأن الله قد جمع له علم الأولين والآخرين » ، وفيه يقول الشافعي حين ارتحل إلى مصر . « خرجت من بغداد وما خفت بها أُنقى ولا أفتق من ابن حنبل » ولا عجب فقد كان ، كما يذكر ابن العماد الحنبلي ، « إماماً في الحديث وضروبه ، إماماً في الفقه ودقائقه ، إماماً في السنة ودقائقها ، إماماً في الورع وغوامضه ، إماماً في الزهد وحقائقه^(٢) » . من ذلك كله ، وغيره كثير مما ذكره مترجموه الكثيرون ، نعلم أي عالم وفقه وإمام كان ابن حنبل . رضى الله عنه وأجزل مثوبته .

١٣١ — ومن يتعرض لتاريخ ابن حنبل ، ولو بإيجاز شديد كما نفعل ، لا يسهه

(١) تاريخ بغداد ، ج ٦ : ٢٨٥ .

(٢) راجع في هذه النقول وسواها ، ابن خلكان ، ج ١ : ٢٣ ؛ تذكرة الحفاظ ، ج ٢ : ١٧ ؛ مفتاح السعادة ، ج ٢ : ٩٨ — ٩٩ ؛ شذرات الذهب ، ج ٢ : ٩٦ — ٩٧ ؛ تاريخ بغداد ، ج ٤ : ٤١٢ وما بعدها . وراجع بصفة عامة ترجمته مطولة في تاريخ الإسلام للحافظ الذهبي ، وقد نشرها صديقنا العلامة الشيخ أحمد شاكر في مقدمات الجزء الأول من مسند ابن حنبل من ص ٥٨ — ١٣١ .

أن يغفل ما كان من محنته أيام العباسيين وصبره عليها الصبر الجميل . ذلك أن الخليفة المأمون كان قد أغرم بأقوال الفلاسفة والمعتزلة ، فرأى أن القرآن كلام الله مخلوق لله الخالق لكل شيء ، وأراد هو والمعتصم والواثق من بعده حمل العلماء والفقهاء على رأيه الذي دفعه إليه رجال الاعتزال ، فكان من هؤلاء العلماء الإمام ابن حنبل . إلا أن الإمام أصر على أن القرآن غير مخلوق ، باعتباره كلام الله ، فضرب بالسياط ضرباً شديداً ليرجع عن رأيه ، ولكن هذه المحنة لم تزده إلا تمسكاً به ، وكانت عام ٢٢٠ هـ^(١) ، والحادثة مشهورة فلا نطيل فيها ، ويكفي الرجوع فيها لأي مرجع عني بالحديث عن ابن حنبل ، وفي مقدمتها المراجع التي أشرنا إليها هنا .

ونحن لا ندرى كيف يُضطهد رأى من الآراء هذا الاضطهاد الشنيع ، وبخاصة وليس هناك دليل يقطع بعدم صحته ، أو بصحة الرأي المخالف ، الذي دعا إليه المأمون ومن جاء بعده ، حتى عدل عنه أخيراً الخليفة المتوكل وأفرج عن ابن حنبل ، ولا سيما وقد كانت حاضرة الخلافة العباسية في ذلك العصر تنموج بالمقالات والآراء المخالفة للإسلام وأصوله ، ولعل هذا الاضطهاد كان سياسياً لا دينياً ، كما يرى بعض الكتاب ، ولكن ، إن صح هذا الفرض فما هي الأسباب التي تجعله سياسياً ؟ ذلك ما ندعه الآن ، إذ تحقيق هذه المسألة يخرج عن نطاق البحث الذي نحن بسبيله .

المذهب وأصوله :

١٣٢ — كان معتمد ابن حنبل في مذهبه وفتاويه ، كما يذكر ابن القيم^(٢) ، على خمسة أصول وهي :

(١) النص من الكتاب أو الحديث ، فمتى ظفر بنص في المسألة أفتى بموجبه دون التفات إلى ما خالفه أو من خالفه ولو كان من كبار الصحابة ، ولهذا ، مثلاً ،

(١) ابن خلكان ، ج ١ : ٢٣ ؛ تاريخ بغداد ، ج ٤ : ٤٢١ — ٤٢٢ .

(٢) إعلام الموقعين ، ج ١ : ٢٣ وما بعدها .

لم يلتفت إلى قول مُعاذ ومعاوية من الصحابة بتوريث المسلم من الكافر ، عندما صح عنه الحديث المانع من التوارث بينهما لاختلاف الدين .

(٢) فتوى الصحابي عند عدم النص ، فإذا وجد لبعض الصحابة فتوى لا يعرف لها مخالفاً منهم لم يتجاوزها إلى رأى آخر ، دون أن يدعى أن ذلك إجماع ، بل يقول تورُّعاً ما يفيد أنه لا يعلم شيئاً يعارض هذه الفتوى .

(٣) إذا تعددت الآراء من الصحابة في الأمر الواحد ، كان يلجأ إلى اختيار أقربها من الكتاب والسنة ، بمعنى أنه لا يخرج عن رأى من هذه الآراء ، وكان يتوقف أحياناً عن الفتوى إذا لم يجد مرجحاً لأحد تلك الآراء .

(٤) الأخذ بالحديث المرسل^(١) أو الضعيف مرجحاً له على القياس ، ما دام ليس هناك أثر آخر يدفعه ولا قول صاحب ولا إجماع على خلافه .

(٥) وأخيراً ، إن لم يجد شيئاً مما تقدم من الأصول الأربعة ، لجأ إلى القياس فاستعمله للضرورة .

ومن ذلك نرى أن ابن حنبل رجل حديث وأثر ، أكثر منه رجل فقه وقياس ولهذا عدّه بعض المؤرخين في فقهاء المحدثين لا في الفقهاء بإطلاق^(٢) ، وحسبنا أنه يقدم الحديث أو الأثر ، ولو مرُّسلاً أو ضعيفاً متى صحَّ سنده عنده ، على الرأى أو القياس ، بل يقدم عليه قول الصحابي أيضاً ، مع أن ذلك ما لم يكن عمله دائماً بعض الصحابة أنفسهم رضوان الله عليهم .

ترويض ونشره :

١٣٣ — تجد الأصل الأول لهذا المذهب في مُسند صاحبه نفسه ، هذا الكتاب

(١) هو ما لم يذكر فيه الصحابي الذي رواه عن الرسول .

(٢) أنظر الفهرست ، ص ٣١٤ ، ٣٢٠ بعد ص ٢٨٠ وما بعدها . وانظر أيضاً ابن عبد البر

في كتابه « الانتقاء في فضائل الأئمة الفقهاء » . والطبري في كتابه « اختلاف الفقهاء » ، لم يذكر ابن حنبل ولا شيئاً عن مذهبه .

الجليل الذى جمع نحو أربعين ألف حديث كما يذكر ابن النديم وآخرون معه^(١) ، وقد شملت هذه الأحاديث — فيما شملت — مسائل الفقه وأبوابه ، وإن لم يكن مرتباً عليها .

وهذا الكتاب — كما يقول الحافظ المدينى — أصل كبير ، ومرجع وثيق لأصحاب الحديث . انتقى من حديث كثير ومسموعات وافرة ، فجعله إماماً ومعتمداً وعند التنازع ملجأً ومستنداً^(٢) . ثم يقول (ص ٢٢) : ولم يُخَرِّج [أى ابن حنبل] إلا عن ثبت عنده صدقه وديانته ، دون من طعن فى أمانته . وبلغ عدد الصحابة الذين أسند إليهم هذه المجموعة الضخمة من الحديث ، نحواً من سبعمائة رجل .

وقد لقي « المسند » من المعنئين بالسنة والعلم حظاً طيباً ، فطبع أكثر من مرة بمصر وغيرها ، كما تناوله الكثيرون بالشرح بنية تقريبه للناس ، ثم جاء أخيراً صديقنا العلامة الشيخ أحمد محمد شاكر ، فأقدم منذ سنوات على نشره فى طبعة علمية دقيقة أنيقة ، زاد من قيمتها ما قام به من تعليقات وشروح موجزة قيمة ، وما ألحقه بكل جزء ظهر منها من فهارس تيسر للباحثين الإفادة منه ، ونرجو أن يظهر باقى الأجزاء قريباً بعون الله وحسن توفيقه^(٣) .

١٣٤ — وكذلك ، قيّض الله لهذا المذهب من قام عليه وعمل على نشره ، من تلاميذ الإمام والقريبى العهد بزمانه ، وكان من أشهرهم :

(١) الأثرم أبو بكر أحمد بن محمد بن هانىء الخراسانى البغدادى ، الذى مات عام ٢٧٣ هـ ، كما جاء فى تقريب التهذيب للحافظ بن حجر ص ١٢ . وهو من الفقهاء الحفاظ الأعلام ، « وله كتاب السنن فى الفقه على مذهب أحمد وشواهد من الحديث^(٤) » .

(١) الفهرست ، ص ٣٢٠ ؛ خصائص المسند للحافظ أبى موسى المدينى المتوفى عام ٥٨١ هـ ، مقدمة الجزء الأول من المسند نشر الشيخ أحمد محمد شاكر ، ص ٢٣ .

(٢) خصائص المسند ، الطبعة المذكورة ، ص ٢١ .

(٣) هذه الطبعة تقوم دار المعارف بها ، وظهر منها حتى اليوم عشرة أجزاء فقط .

(٤) الفهرست ، ص ٣٢١ .

(٢) أحمد بن محمد بن الحجاج المسروزي المتوفى عام ٢٧٥ هـ . وكان من أجل أصحاب ابن حنبل ، وإماماً في الفقه والحديث كثير التصانيف^(١) .

(٣) ابراهيم الحربي أبو إسحاق المتوفى عام ٢٨٥ هـ . تفقه على الإمام أحمد ، وصار أحد الأئمة الأعلام ، ويظهر من التأليف التي ذكرها له ابن النديم أن تبحره في الحديث كان أكثر^(٢) .

(٤) أبو القاسم عمر بن أبي علي الحسين الخِرَقي البغدادي المتوفى عام ٣٣٤ هـ . كان من أعيان الحنابلة ، وله في المذهب كتب كثيرة منها مختصره المشهور للبادئين ، عُرف بالخِرَقي نسبة إلى بيع الخرق والثياب^(٣) .

١٣٥ — وبمدهؤلاء الأربعة المشاهير من نشروا مذهب ابن حنبل ، يجب ألا ننسى فضل ابن تيمية صاحب الرسائل والفتاوى المشهورة والمتوفى عام ٧٢٨ هـ ، وتلميذه ابن القيم صاحب إعلام الموقعين المتوفى عام ٧٥١ هـ .

إنه بفضل هذين العالمين الجليلين تجدد المذهب وتطور إلى خير ، وقوى أمره وأخذ في الانتشار أكثر من ذي قبل . ثم بفضل محمد بن عبد الوهاب النجدي المتوفى عام ١٢٠٦ هـ ، صار مذهب ابن حنبل المذهب الرسمي لدولة ابن سعود بنجد والحجاز ، فزاده ذلك قوة ، وبخاصة وله اليوم أتباع كان من نشاطهم نشر بعض عيون كتب المذهب وتوارىخ رجالاته .

١٣٦ — تلك هي المذاهب الأربعة التي خلدت على الزمن من مذاهب أهل السنة في الفقه ، والتي أجمع المسلمون منذ زمن طويل على تقليدها ، وهي ، مع المذاهب الشيعية ، تتوزع العالم الإسلامي اليوم ، فلكل منها مجالها وبلادها

(١) شذرات الذهب ، ج ٢ : ١٦٦ .

(٢) الفهرست ، ص ٣٢٣ ؛ شذرات الذهب ، ج ٢ : ١٩٠ .

(٣) ابن خاسكان ، ج ١ : ٥٤٠ ؛ شذرات الذهب ، ج ٢ : ٣٣٦ .

وأتباعها^(١) ، وهناك مذاهب أخرى ، من مذاهب أهل السنة اندثرت ، بعد أن عاش كل منها فترة طويلة أو قصيرة ، وسنتكلم عنها بعد حين .

ولنأخذ الآن في الحديث عن الفقه لدى الشيعة وأشهر مذاهبه لديهم ، إذ من حق هذه المذاهب الشيعية أن يعرفها أهل السنة ، وأن تأخذ مكانها الجدير بها في المؤلفات التي تبحث في تاريخ الفقه لدى المسلمين بعامة .

٢ - فقه الشيعة

١٣٧ - في مختار الصحاح : شيعة الرجل أتباعه وأنصاره ، وتشيع الرجل ادعى دعوة الشيعة ، ويقصد بالشيعة ، في اصطلاح من يتكلم في أصول الدين أو فروعه أى الفقه ، الطائفة الذين شايعوا الإمام على بن أبى طالب وقالوا إنه إمام المسلمين وخليفته بعد الرسول لأحاديث عن الرسول تصرح أو تشير إلى ذلك ، وهم يعتقدون أن الإمامة لا تخرج عنه أو أحد من آل بيته إلا ظلماً وعدواناً .

والشيعة فرق كثيرة تختلف فيما بينها اختلافاً كبيراً ، حتى ليكفر بعضها ببعضاً وفي الحق ، إن من الشيعة فرقاً غلّوا في آرائهم غلّواً أخرجهم من الإسلام ، وليس من شأننا هنا التعرض لذلك . ولكن نقول بأنه يمكن إرجاع فرق الشيعة الكثيرة إلى ثلاث : الغلاة ، الزيدية ، الإمامية^(٢) .

ولن نتعرض هنا للغلاة ، كما أننا سنتناول — في إيجاز — الفقه لدى الزيدية

(١) راجع ابن خلدون ، ص ٣٥٥ — ٣٥٦ ؛ الفكر السامى للحجوى ، ج ٣ : ٦٤ — ٦٦ .

على أنه يجب أن نشير إلى مذهب الإباضية ، نسبة إلى زعيمهم عبد الله بن إباض المعاصر لروان آخر خلفاء بني أمية ، وهم جماعة من الخوارج يعيشون في عمان وتونس والجزائر بأفريقية الشمالية .

(٢) الزيدية هم أتباع زيد بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبى طالب ، وقد توفي

قتيلاً من الأمويين عام ١٢١ أو ١٢٢ هـ . أما الإمامية ، وسماوا بذلك لاهتمامهم الشديد بمسألة الإمامة وعصمة الأئمة ، فيجعلون الإمامة بعد علي زين العابدين إلى محمد الباقر ، ثم جعفر الصادق ، ثم موسى الكاظم ، وهكذا حتى يصلوا إلى محمد المهدي المنتظر حتى اليوم ، وهو الإمام الثانى عصر ، ولذلك اشتهرت هذه الفرقة باسم الإمامية الإثنى عشرية . وهناك الإمامية السبعية الذين يقولون بإمامة سبعة أئمة فقط ، والسابع هو موسى الكاظم .

والإمامية ، لأن ما لدينا من مراجع ووقت لا يسمح لنا بالتوسع في البحث ووضع الحدود الدقيقة بين هاتين الفرقتين فيما يتعلق بالفقه .

١٣٨ — الزبيرية : ①

هم الذين جعلوا الإمامة بعد علي زين العابدين ، بن الحسين رضى الله عنه ، إلى ابنه زيد ، لا إلى محمد الباقر كما فعلت الإمامية . وكان الإمام زيد معروفاً بالكمال واجتماع خلال الفضل فيه ، ولا عجب ! فهو حفيد الحسين ربحانة رسول الله ، كما كان وثيق المعرفة بعلوم القرآن والفقه ، وغير ذلك من علوم العصر وثقافته المختلفة ، ولهذا يذكره المؤرخون تأليف عذيدة متنوعة النواحي ؛ منها تفسير غريب القرآن ورسالة ضد فرقة المرجئة ، وكتابات أخرى في موضوعات مختلفة .

على أن أم هذه الكتب ، هو كتابه « المجموع » في الفقه الذى يشك البعض في نسبته إليه ، بلا أساس صحيح فيما نعتقد ، فإن الإمام زيداً عاش في زمن أبى حنيفة ومعاصريه من الفقهاء والعلماء الأعلام ، وهو سليل بيت عُرِفَ بالعلم ، فلا عجب أن يكتب في الفقه أو غيره كتاباً هاماً مثل « المجموع » في عصر التدوين والتأليف .

وعلى كل حال ، فهذا الكتاب — الذى بأيدينا الآن — من المصادر الأصلية الأولى في الفقه مرتباً على الأبواب التى نعرفها ، وفيه مع شرحه نرى كيف كان كبار الفقهاء على اختلاف المذاهب ، وبخاصة فقهاء العراق يعالجون مسائل الفقه وأدلتها من الكتاب والسنة وغيرها . وقد شرحه في أربعة أجزاء كبار طُبِعَت بمصر ، العلامة شرف الدين الحسين بن الحنبل بنى الصنعاني المتوفى عام ١٢٢١ هـ ، واسم هذا الشرح : « الروض النضير ، شرح مجموع الفقه الكبير » .

١٣٩ — وقد توالى بعد زيد ، الأئمة والفقهاء في هذه الفرقة ، وكان لهم طبعاً تأليف في الفقه وغيره نعرف منها القليل ونجهل الكثير ، إذ لا يزال معظمها محبوساً في خزائن اليمن المقر الأكبر لهذه الفرقة من الشيعة . ومن هذه المؤلفات : كتاب

جامع في الفقه ، رسالة في القياس ، الأحكام في الحلال والحرام ، وكلها للإمام الهادي يحيى بن الحسين بن القاسم المتوفى عام ٢٩٨ هـ ، وإليه تنسب الزيدية الهاديوية^(١) .

ونشير هنا أيضا إلى كتاب هام آخر ، (وهو «كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار» ، للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى عام ٨٤٠ هـ . وهو كتاب في أربعة أجزاء كبار ، ويشير في إطالة إلى اختلاف الفقهاء في مسائل الفقه ، وقد طبع أخيراً بمصر أيضا .

١٤٠ — ونستطيع بعد الإطلاع على هذين الكتابين الجليلين^(٢) ، أن نقرر بأن الفقه الزيدي لا يختلف كثيراً عن الفقه الذي نعرفه في مذاهب أهل السنة ، مع ميل إلى فقه أهل العراق بخاصة ، إذ كان العراق هو مهد التشيع والأئمة والشيعة على وجه عام .

على أنهم يخالفون أهل السنة في بعض مسائل معروفة ؛ منها عدم إجازتهم المسح على الخفين ، تحريمهم أكل ما ذبحه غير المسلم ، وتحريم تزوج الكتابيات مستندين إلى قوله تعالى : « وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَرِ »^(٣) ، كما أنهم خالفوا الشيعة الإمامية في تحليل هؤلاء لزواج المتعة على ما ستذكره بعد قليل .

١٤١ — الإمامية :

هي أكبر طوائف الشيعة ، وقد يطلق اسم الشيعة ويراد بها الإمامية خاصة^(٤) ، وأهم مواطنها إيران ثم العراق ، ومذهبهم في الفقه أقرب إلى مذهب الإمام الشافعي ،

(١) أنظر تقرير البعثة المصرية ببلاد اليمن ، ص ٢٥ ، ١٣ .

(٢) من الخير الكثير تقرير دراسة هذين الكتابين بكلية الشريعة بالأزهر ، ففي ذلك فهم وتقريب حقيقيان بين المذاهب الإسلامية المتعددة . التي قامت بتصوير المخطوطات العربية الرسمية .

(٣) سورة المتحنة م ٦٠ : ١٠ ، ومن الحق أن تقول بأنه ليس لهم أن يتمسكوا بهذه الآية ، فالكوافر هنا يراد بهم النساء المشركات بلا ريب اللاتي رفضن الإسلام والهجرة مع أزواجهن من المهاجرين مع الرسول ، وذلك واضح من موضع الآية وسياقها .

(٤) أنظر كتاب أصل الشيعة وأصولها ، للشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، وهو عالم

كبير معروف معاصر ، طبع القاهرة عام ١٩٤٤ م ، ص ٧٥ .

وإن كانوا يخالفون مذاهب أهل السنة الأربعة في بعض مسائل سيجي ذكر بعضها .
وهم ، كالزيدية ، لا يرجعون في الفقه بعد الكتاب إلا إلى الأحاديث التي
رواها أئمتهم ورجالهم ، كما أنهم يرون أن باب الاجتهاد لا يزال مفتوحاً للقادر
عليه ولن يسد أبداً ، كما أنهم جميعاً يرفضون القياس مادام عندهم أئمتهم الذين لديهم
علم الأحكام الشرعية بطريق الوصية !

ونستطيع أن نذكر أن أول من كتب في الفقه هو الإمام موسى الكاظم الذي
مات سجيناً عام ١٨٣ هـ ، وكان ما كتبه إجابة عن مسائل وجهت إليه ، تحت اسم :
« الحلال والحرام » . ثم كتب ابنه علي الرضا كتاب : « فقه الرضا » ، وقد طبع
عام ١٢٧٤ هـ في طهران .

١٤٢ — على أن المؤسس حقاً لفقه هذه الطائفة الإمامية في إيران هو أبو جعفر
محمد بن الحسن بن فروخ الصغار الأعرج القمي ، وقد توفي عام ٢٩٠ هـ ، إذ كتب
كتابه : « بشارت الدرجات في علوم آل محمد وما خصهم الله به » وقد طبع عام ١٢٨٥ هـ .
ثم جاء ، من بعد هذا ذاك ، محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني شيخ الشيعة
المتوفى عام ٣٢٨ هـ ، فكتب كتابه : « الكافي في علم الدين » ، وهو كتاب يعتبر
رابع الكتب الأربعة الأساسية للشيعة^(١) . وهذا الكتاب يحتوي على ستة عشر
ألفاً وتسعين حديثاً كلها من طريق آل البيت ، وهذا الرقم يزيد على الأحاديث
التي جاءت في كتب الصحاح الستة (البخاري وغيره) إذا استثنينا الأحاديث
المكررة فيها لتعدد أسانيد وطرقها^(٢) .

(١) أنظر بروكلمان في كتابه تاريخ الأدب العربي ، الملحق الأول ص ٣١٨ ، وهو كتاب
لا يستغنى عنه باحث في العلوم والآداب والدراسات الإسلامية . وراجع تأسيس الشيعة لعلوم الإسلام
لآية الله السيد حسن الصدر ، طبع العراق عام ١٩٥١ م . ص ٢٨٨ - ٢٨٩ ، حيث
بين الكتب الأربعة المشار إليها .

(٢) كتاب تأسيس الشيعة السابق ذكره ، ص ٢٨٨ . وانظر هذا الكتاب ص ٢٩٨
وما بعدها . والفهرست لابن النديم ص ٣٠٧ وما بعدها ، لمعرفة كتب الشيعة — وبخاصة
الإمامية — الهامة في الفقه . على أنه ينبغي أن نلاحظ أن مؤرخي الشيعة أدخلوا ضمن علمائهم
ممن وفقتهم غير قليل من أهل السنة المروفين .

١٤٣ — أشرنا إلى أن هؤلاء الشيعة لم يغلقوا باب الاجتهاد ، وأنهم يرفضون اعتبار القياس دليلاً للأحكام الفقهية ، كما أنهم ينكرون أيضاً الإجماع الذي اعتبره أهل السنة مصدراً من مصادر هذه الأحكام ، والسبب في كل ذلك يسير فهمه .

إن من أصول الشيعة أن الله في كل أمر أو حادث ، مهما كان قليل الخطر ، حكماً معيناً ، وسواء في هذا العبادات والمعاملات . وهذه الأحكام عرفها الرسول بالوحي والإلهام من الله ، وبين منها حال حياته ما اقتضت الحاجة والحكمة بيانه ، وأودع سائر ما أوصيائه ليبين كل منهم في زمنه ما تدعو الحاجة والحكمة أيضاً لبيانه^(١)

فما الضرورة إذا لاستعمال القياس ! وبخاصة وقد تواتر عن أئمتهم « أن الشريعة إذا قيست بحق الدين^(٢) » ، والقياس هو العمل بالرأى وأحكام الله لا يصح أن يكون مرجعها الرأى ! أما الأئمة فهم معصومون من الخطأ في هذه الأحكام ، فما يرونه يعتبر بمثابة النصوص من قبل الشارع ! ولا ندرى ، مع هذا كله ، ما معنى الاجتهاد الذي يرون من مفاخرهم القول بجوازه دائماً ، ومرجع الأحكام الشرعية هم الأئمة دائماً لا غيرهم !

١٤٤ — هذا ، والإمامية ، مع ذلك كله ، لا يفترون في الفقه عن جمهور أهل السنة إلا في بضع عشرة مسألة ، ونذكر من هذه المسائل :

(١) رأيهم في أن الزواج قد يكون مؤبداً وهو ما نعرفه نحن أهل السنة ، وقد يكون إلى أجل معلوم وهو زواج المتعة أو المؤقت ، مستندين في هذا إلى ما رواه ابن عباس وغيره عن الرسول من تحليله ، رافضين ما يؤلده أهل السنة والشيعة الزيدية من أنه نسخ في أيام الرسول نفسه . ويرون أن هذا الضرب من الزواج ضروري ومفيد للمجتمع وبخاصة للرحالة الذين ينتقلون من بلد إلى آخر ولا يستطيعون

(١) أهل الشيعة وأصولها ، ص ٨٩ — ٩٠ .

(٢) الصدر نفسه ، ص ٩٣ . ونلاحظ هنا ، أن الظاهرية يرفضون أيضاً القياس ، ولكن السبب عندهم هو كفاية نصوص القرآن والحديث لمعرفة الأحكام الشرعية .

أن يعيشوا رهباناً ، فهو يعصمهم من الوقوع في الزنا ، وقد أطل فقهاؤهم الكلام في ذلك^(١).

(٢) وجوب الإشهاد على الطلاق ، فلو وقع الطلاق بدون شاهدين عدلين كان باطلاً^(٢) . وهم يستدلون لمذهبهم بقوله تعالى في سورة الطلاق (م ٦٥ - ٢) : « فإذا بلغن أحلهن فأمسكنهن أوفارقوهن بمعرفة وأشهدوا ذوي عدل منكم » . ثم يذكر أن هذا الشرط يدعو إلى التقليل من الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله ، لأن وجود الشاهدين قد يؤدي إلى حسم الخلاف بين الزوجين ، ورفع النزاع وإدامة الزواج .

وهنا يرى أهل السنة أن الأمر بالإشهاد هنا ليس للوجوب ، بل من باب الاحتياط حتى لا ينكر أحد الزوجين وقوع الطلاق . ولا سيما والشيعة معناني عدم اشتراط وجوب الإشهاد على الرجعة ، والآية وردت نصاً فيها وفي الطلاق^(٣) . ومن رأي أن مذهب الإمامية هنا ، وإن خالف المذاهب السنية الأربعة المعروفة ، مذهب جيد في أصله واستدلالة بتلك الآية وغيرها ، ويضع حداً لما نحن فيه من فوضى الطلاق بلا سبب يبعثه من يحضره ، وعلى غير علم من الزوجة التي لا ذنب لها ، فمن الخير حمل هذا الرأي قانوناً^(٤) .

(٣) ويرون ، مثل الزيدية ، تحريم الزواج بامرأة نصرانية أو يهودية ، وسندهم هو آية : « ولا تمشكوا ببعض الكوافر » التي مر ذكرها .

(٤) ويخالفون أيضاً في مسائل من الميراث لا نرى الإطالة بذكرها^(٥) ، ولكن نشير إلى أن ابن العم الشقيق مقدم عندهم في الميراث على العم لأب ، مع إجماعهم

(١) وانظر كتاب أهل الشيعة وأصولها ، ص ١٠٨ وما بعدها .

(٢) المصدر نفسه ص ١٣١ - ١٣٢ .

(٣) انظر مثلاً كتاب أحكام القرآن للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى عام

١٣٧٠ هـ ، ص ٣ : ٤٥٥ - ٤٥٦ ، طبعة الأستانة عام ١٣٣٨ هـ .

(٤) صدق بهذا الرأي منذ زمن طويل ، صديقنا العلامة الشيخ أحمد شاك في كتابه : نظام

الطلاق في الإسلام ، وهذا هو رأي الظاهرية في الطلاق والرجعة أيضاً .

(٥) انظر أهل الشيعة وأصولها ، ص ١٤٢ - ١٤٤ .

على أن مدار الإرث هو القرب من المتوفى المورث . ولعل رأيهم السياسى فى الإمامة وأنها لعلّ ابن عم الرسول ثم لآل بيته من بعده ، وليست لولد العباس عم الرسول ، أثر فى هذا الرأى الفقهى فى الميراث .

الزبديه والإمامية عن المؤرخ نرؤوكلمان

رأينا ، بعد كتابة ما تقدم ، أن نضيف فصلا آخر عن هاتين الفرقتين ملخصاً من كتاب تاريخ الأدب العربى للمستشرق الألمانى الكبير « نرؤوكلمان »^(١) ، ليرجع إليه من يريد التوسع فى المعرفة ، ليكون دليلاً على أن الأجانب يُعنون بنا أكثر من عنايتنا بأنفسنا^(٢) !

مختصر :

١٥٤ — انفصلت الشيعة عن مجموع الأمة الإسلامية فى عهد متأخر نوعاً . وقد كانت هناك ميول علوية فى القرون الأولى ، منبثة فى جميع أقطار العالم الإسلامى ، ولكنها لم تكن أدّت بعدُ إلى التشكك فى عقائد أصحابها ، إذ كانوا لم يذهبوا إلى حدّ التطرف . ولم يتحقق نموُّ الحزب السياسى وتطوره إلى فرقة دينية إلا فى نواح متفرقة من دولة الخلافة ، حيث وصل العلويون بصورة مؤقتة أو دائمة إلى إقامة سلطان لهم .

وفى فارس فقط ، التى تحالف فيها التشيع مع العصبية الإيرانية على العرب ، نما أدب شيعى مستقل وإن لم يعتمد على تشجيع العوامل السياسية . ولكن ، للأسف ، لم يصل إلينا إلا القليل جداً من تلك الكتب الكثيرة التى ذكر الطوسى

(١) هذا الفصل مأخوذ عن الملحق الأول للكتاب حد ٣١٣ وما بعدها ، وحد ٦٩٧ وما بعدها ، واسم الكتاب بالألمانية هو :

Geschichte der arabischen literatur, Carl Brockélmann

(٢) تفضل بترجمة هذا الفصل عن مصدره الألمانى ، أخى وصديقى العلامة الاستاذ الدكتور عبد الحليم النجار ، أحد علماء الأزهر والأستاذ بكلية الآداب بجامعة فؤاد الأول ، فله منا ومن القراء خالص الشكر .

عناوينها^(١) . وفي بلاد الشرق الأدنى الشنية المذهب ، التي تنتمي إليها مجموعاتنا من المخطوطات في الغالب ، كانت تُستأصل كتب الملاحدة [كما يزعمون] ، كما أنه في البلدان المتشعبة كانت العلاقات الخارجية لا تساعد على الاحتفاظ بالآثار العلمية والأدبية .

الزيدية :

١٤٦٥ — تنسب سلسلة من الكتب القديمة العهد ، وإن كانت لا يمكن القطع بصحتها ، إلى الإمام زيد بن علي المقتول عام ١٢٢ هـ — ٧٤٠ م ، والذي جعله الزيدية إمامهم ، وإلى ابن عمه جعفر الصادق أيضاً ، وقد وصلت الزيدية إلى السلطان في اليمن في القرن الثاني الهجري .

من ذلك كتاب « المجموع » لزيد بن علي [رضى الله عنه] وقد طبع مع شرحه المسمى « بالروض النضير » بالقاهرة عام ١٣٤٨ — ١٣٤٩ هـ . ومن المخطوطات التي تنسب أيضاً إليه ، وتوجد في مكتبات مختلفة : تفسير غريب القرآن المجيد ، مقدمة في علوم القرآن وتفسير لمواضع منه ، قراءة زيد بن علي ، رد على المرجئة ، رسالة في إثبات وصية أمير المؤمنين وإثبات إمامته وإمامة الحسن والحسين وذريتهما ، تثبيت الإمامة ، مناسك الحج وأحكامه ، كتاب الصفوة في آل البيت ، رسالة في حقوق الله .

١٤٧ — ونجد من علماء الزيدية ، بعد الإمام زيد ، الإمام ترحمان الدين القاسم ابن إبراهيم الحسنى الطباطبائي المتوفى عام ٢٤٦ هـ — ٨٦٠ م ، وكان ينكر القدر والتجسيم ، وهو مؤسس المدرسة القاسمية في الفقه ، وله رسائل صغيرة نذكر منها في الفقه والأخلاق : مسألة الطبريين ، الإمامة ، المسترشد في التوحيد ، سياسة

(١) أنظر شبر نجد ومولوى عبد الحق ، فهرست أسماء ، كتب الشيعة للطوسي وتعليقات على كتاب « علم الهدى » كلكتا عام ١٨٥٣ — ١٨٥٥ م .

النفس : القتل والقتال ، وغيرها . ولائنه أبو عبد الله محمد بن القاسم أجوبة مسائل تتعلق بقصة موسى في القرآن ، وتوجد بالمتحف البريطاني بلندن .

ثم ينجى حفيده أبو الحسين يحيى بن الحسين بن القاسم بن إبراهيم الحسنى الهادي إلى الحق ، وقد ولد عام ٢٤٥ هـ — ٨٥٩ م وتوفي في ١٩ من ذي الحجة عام ٢٩٨ هـ — ١٨ يولية عام ٩١٠ م ، وهو مؤسس إمامة الزيديين باليمن . وله كتب كثيرة ، ومنها في الفقه : كتاب التحرير ، وهو كتاب مطول في فقه الزيدية .

١٤٨ — وبعد هؤلاء ، نذكر الإمام الزيدى الثالث ، وهو الناصر للحق الحسن بن علي الحسيني الأطروش . وقد أسس مدرسة الناصرية لفقه الزيدية ، وتوفي عام ٣٠٤ هـ — ٩١٦ م حيث كان والياً على « عامل » . ومن كتبه : « كتاب البساط » ، وهو وصف مختصر لنظام الزيديين ، ويوجد في الثايتيكان ؛ كتاب المغنى في رموس مسائل الخلاف بين الناصر للحق وسائر فقهاء آل البيت ، ويوجد بالثايتيكان أيضاً ؛ كتاب الإبانة في الفقه ، ويوجد في ميونيخ بألمانيا ، بشرح أبي جعفر محمد بن الموسمى ؛ وغير ذلك من المؤلفات .

وللهمدى لدين الله الحسين بن القاسم بن علي الحسنى المتوفى عام ٤٠٤ هـ — ١٠١٣ م ، كتب مختلفة ، منها كتاب الأكلفاء في الزواج من حيث الدين والنسب ، كتاب السبيلين : العقل والنفس ، كتاب تفسير الغريب من كتاب الله ، وكلها توجد ببرلين .

ونذكر للإمام المؤيد بالله أحمد بن الحسين بن هارون البطحاني ، الذي ولى إمامة الزيدية في جيلان وديلمان وتوفي عام ٤١١ هـ — ١٠٢٠ م ، من الكتب : كتاب الإفادة ، مع زيادة جمعها معاصره أبو القاسم بنسلك الموسمى ، إثبات النبوة ببرلين ؛ كتاب التجديد في الفقه يبين فيه الخلاف بين القاسم والهادي في سبعة عشر موضعاً من العبادات ، وواحد وعشرين موضعاً من المعاملات ، ويوجد في فيينا وغيرها ، وله شروح في الثايتيكان .

١٤٩ — وكانت بالكوفة أربع مدارس لفقّه الزيدية ، يعد مؤسسها
كل من :

- (١) أحمد بن إسماعيل المتوفى عام ٢٤٠ هـ — ٨٥٤ م .
 - (٢) القاسم بن إبراهيم المتوفى عام ٢٤٦ هـ — ٨٦٠ م .
 - (٣) أبو اسحاق بن يوسف .
 - (٤) محمد بن منصور بن يزيد بن مَنذَه ، الذي جمع أمالي أحمد بن عيسى ورواها .
- وقد عالج تعاليمهم ، على أنها المذاهب الأربعة ، كتاب الجامع الكافي في فقّه
الزيدية لأبي عبد الله محمد بن علي الحسنى المتوفى عام ٤٤٥ هـ — ١٠٥٣ م ، ويوجد
في مكتبة امبروز بإيطاليا .

١٥٠ — وفي هذا العصر أيضاً ، ظهر الإمام الناطق بالحق أبو طالب يحيى
ابن الحسين بن هارون البطحاني الذي توفى عام ٤٢٤ هـ — ١٠٣٣ م ، واعترف به
خليفة في ديلم ، ومن مؤلفاته : كتاب التحرير في الفقّه الذي توجد منه نسخ في برلين
وقيّناً ، ومنه نسخة وسّماها وأدخل عليها زيادات جمال الدين المطهر علي بن الحسين
ابن يحيى بن الهادي ، من أوائل القرن السادس الهجري ، وسماها « اللّع » وتوجد
في ميونيخ والمتحف البريطاني وغيرها . وله أيضاً كتاب جوامع الأدلة في أصول
الفقّه ، كتاب جوامع النصوص ، وغيرها .

وكذلك في هذا العصر ، ظهر أبو عبد الله محمد بن علي العلوي الحسنى ، المتوفى
عام ٤٤٥ هـ — ١٠٥٣ م أو بعد ذلك بقليل . وله كتاب جامع آل محمد ، وهو عرض
للفقّه الزيدى تبعاً للمدارس الكوفية الأربع السابق ذكرها .

وبعده نرى أحمد بن سليمان الهادي إلى الحق المتوكل بالله ، وقد صار إماماً
للزيدية باليمن عام ٥٣٣ هـ — ١١٣٨ م ، وامتد نفوذه بوساطة القتال إلى نجران ،
وتوفى عام ٥٦٦ هـ — ١١٧٠ م . وله من المؤلفات ^{سوّت} كطب : أصول الأحكام في الحلال
والحرام ، حقائق المعرفة ، الظاهر في أصول الفقّه ، العمدة ، وغيرها .

الإمامية :

١٥١ — مما يذكر للإمام السابع من أئمة الشيعة الإثني عشرية ، وهو موسى الكاظم المتوفى في سجن بغداد عام ١٨٣ هـ — ٧٩٩ م ، أجوبة على مسائل قدّمها إليه أخوه علي بن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين ، الذي كان مقبلاً بالعريض بجوار المدينة . ويقال بأن لهذا الأخير كتاباً مشهوراً بعنوان : في الحلال والحرام ، ورد في روايتين ؛ إحداهما مرتبة على أبواب ، والأخرى خالية من الترتيب^(١) .

ونسب كتاب في الفقه إلى ابنه أبي الحسن علي الرضا الإمام الثامن ، وهو صهر الخليفة المأمون العباسي إذ زوجه المأمون ابنته ، وقد توفي عام ٢٠٢ هـ — ٨١٧ م أو عام ٢٠٣ هـ في قول آخر . أنظر فقه الرضا ، طبع طهران عام ١٢٧٤ هـ ، صحيفة الرضا ، وهي مجموعة من الأحاديث جمعها فضل بن حسن الطبرسي وطبعت على الحجر في لكنو عام ١٨٨٣ م ، وكشف الحجب وكتب الرجال ، التي نسبت له كتباً أخرى .

١٥٢ — وكان المؤسس الحقيقي لفقه الإمامية في إيران ، هو محمد بن الحسن ابن فرّوخ الصفار الأعرج ، أبو جعفر القمي ، المتوفى عام ٢٩٠ هـ — ٩٠٣ م . وله من الكتب : كتاب بصائر الدرجات في علوم آل محمد وما خصهم الله به ، في الحديث . وبعده كان أبو سهل إسماعيل بن علي النوبختي ، وكان رأس الشيعة ببغداد في عهد الخليفة المقتدر العباسي ، كما كان صديقاً للوزير علي بن عيسى ، وقد توفي عام ٣١١ هـ — ٩٢٣ م .

ويذكر محمد بن يعقوب بن إسحاق الكوليني الرازي على أنه مجدد لفقه الإمامية في أوائل القرن الرابع ، وقد توفي عام ٣٣٨ هـ — ٩٣٩ م . وله من الكتب الكافي في علم الدين ، وهو أحد أربعة كتب تعدّ أصول كتب الشيعة ، ويحتوي

(١) أنظر كتاب الدجال للنجاشي ص ١٧٦ ، انتهى المقال ص ٩-٢ ، كشف الحجب ص

على ١٦٠٠٠ حديث ، ويوجد في مكتبات كثيرة ومنه نسخة بالقاهرة ، كما طبع في لكنو وطهران بالحجر ، وله شروح مختلفة .

١٥٣ — وكان الثَّعْمَانُ محمد بن منصور بن أحمد بن حيان مالِكياً في أول عهده ، ثم انضم إلى الشيعة الإمامية ، وجاء مع الخليفة المعزِّ لدين الله الفاطمي (المتوفى عام ٣٦٥ هـ — ٩٧٥ م) من إفريقية إلى مصر وتولى بها منصب القضاء ، وتوفى عام ٣٦٣ هـ — ٩٧٤ م ^(١) .

وله من الكتب ، فضلاً عن بعض مؤلفات في الفقه والكلام على مذهب الإمامية ، كتاب شرح الأخبار في فضائل النبي المختار وآله المصطفين الأخيار من الأئمة الأطهار ، وقد أهداه إلى المعز الفاطمي المذكور .

١٥٤ — وظهر في هذا العصر أيضاً ، أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي الصدوق ، وكان أبوه شيخ الشيعة في قم . وقد انصل هو برُكن الدولة البويهية في بغداد الذي انتفع بمذهبه الإمامي في سياسته ، وقد توفى بالرقي عام ٣٨١ هـ — ٩٩١ م أو عام ٣٩١ هـ . وله كتب كثيرة ، نذكر منها :

(١) معاني الأخبار = جامع الأخبار .

(٢) عيون أخبار الرضا .

(٣) كتاب من لا يحضره الفقيه ، مجارة الكتاب : من لا يحضره الطبيب

للازدي ، وهو أحد الكتب الأربعة التي اشتهرت فيما بعد ، إلى جانب كتاب الكافي للكليني ، والاستبصار ، وتهذيب الأحكام وكلامهما للطوسي .

(٤) علل الشرائع والأحكام .

(٥) المقنع ، في الجوامع الفقهية .

(١) انظر ترجمته في وفيات الأعيان لابن خلكان ، ج ٢ : ٢٤٦ — ٢٥١ ، وفيها أنه ابن حيون لا حيان . وتذكر نحن أن من كتبه القيمة « دعائم الإسلام » ، وقد نشر الجزء الأول منه هذا العام (١٩٥٢) بدار المعارف بالقاهرة ، وكتبنا كلمة تقدماً له بمجلة الكتاب جزء يونيه سنة ١٩٥٢ .

(٦) كتاب الأمل في الحديث والأخبار .

١٥٥ — ثم نبغ بعد هؤلاء جميعاً ذو المجدين علم الهدى الشريف المرتضى ،
أبو القاسم علي ابن الطاهر ذي المناقب أبي علي الحسين بن موسى بن محمد بن موسى
ابن ابراهيم بن موسى الكاظم بن جعفر الصادق بن محمد الباقر بن علي زين العابدين
ابن الحسين بن علي بن أبي طالب . وقد ولد في رجب عام ٣٥٥ هـ — يوليه ٩٦٧ م ،
وكان نقيب العلويين ببغداد ، وتوفي عام ٤٣٦ هـ — ١٠٤٤ م . وله من الكتب :
(١) كتاب الفرر والذرر ، أو غرر الفوائد ودرر القلائد في المحاضرات ،
ويسمى غلطا بالأمل ، وهو يشتمل على مسائل تتفق أيضاً مع مذهب الإسماعيلية
والمعتزلة ، وأغلبها يحىء بمناسبة آية من القرآن أو حديث ، مع كثير من
البحوث اللغوية .

(٢) مسائل ، ومنها رأى الشيعة في إعجاز القرآن .

(٣) كتاب الشهاب في الشيب والشباب .

(٤ ، ٥) ديوان شعر ، نهج البلاغة .

(٦) الشافي في الإمامة ، وهو دفاع عن مذهب الشيعة في الإمامة رداً على

القاضي الشافعي عبد الجبار .

(٧ ، ٨) المسائل الناصرية ، تثيب الأنبياء .

(٩) الانتصار ، في ذكر الفروق بين الشيعة وغيرها من المذاهب .

(١٠) تفسير القرآن على وجه الإجمال من كلام سيد المؤمنين علي بن أبي طالب .

(١١ ، ١٢) جواب المسائل الميافارقة ، جواب المسائل الدلالية .

(١٣ ، ١٤) تنزيه الأنبياء ، إنقاذ البشر من القضاء (الجبر) والقدر .

(١٥) منهاج البلاغة .

١٥٦ — ونذكر بعد النعمان هذا ، أبا جعفر محمد بن الحسن الطوسي شيخ

الطائفة ، وتلميذ الشيخ المفيد محمد بن محمد النعمان . وقد جاء إلى العراق عام ٤٠٨ هـ

١٠١٧ م ، ثم رجع إلى النجف ، وتوفي عام ٤٥٩ هـ — ١٠٦٧ م أو عام ٤٦٠ هـ بالكوفة . وله كتابات كثيرة ومنها^(١) .

(١) عدة الأصول ، وهو قسمان : أصول الدين ، وأصول الفقه .

(٢ ، ٣) الفصول في الأصول ، تهذيب الأحكام .

(٤ ، ٥) الحل والعقد في العبادات ، جمل العقود .

(٦ ، ٧) التبيين في تفسير القرآن ، الأمالي في الحديث .

(٨ ، ٩) نهاية الفقه ، الخلاف في الفقه .

(١٠) فهرست كتب الشيعة .

١٥٧ — ونبغ في القرن الخامس رَضِيَ الدين أبو علي الفضل بن الحسن أمين الدين الطُّرْسِي ، وقد عاش أولا في مشهد ثم انتقل عنها إلى بلد آخر حيث توفي عام ٥٤٨ هـ — ١١٥٣ م أو عام ٥٥٢ هـ — ١١٥٨ م ، وله كتابات كثيرة نذكر منها :

(١) مجمع البيان في علوم القرآن^(٢) .

(٢) جوامع الجامع في تفسير القرآن^(٣) .

(٣) الاحتجاج على أهل اللجاج .

(٤) إعلام الوري بأعلام الهدى .

(٥) التمهيد في الأصول .

وأخيراً نختم هذا البحث بذكر نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى بن سعيد أبي القاسم الهذلي الحلِّي المحقق الأول . وقد ولد عام ٦٠٢ هـ — ١٢٠٥ م في الحِلَّة بالعراق ، وتوفي على الأصح عام ٦٧٦ هـ — ١٢٧٧ م وله من الكتب :

(١) راجع ترجمته في وفيات الأعيان ، ٢ : ٢ — ٥ . وفيه أن له كتابا في معاني القرآن الكريم ، وآخر في مجازات القرآن ، وكلاهما يتعذر وجود مثله . وفيه أيضا أن ديوان شعره كبير يدخل في أربعة مجلات .

(٢) من أجل الكتب في التفسير ، وطبع مرات في الهند وصيدا بلبنان وغيرها .

(٣) كتاب جليل في التفسير ، ومنه نسخة مخطوطة جيدة بمكتبة الأزهر

وذكر صاحب كتاب تأسيس الشيعة لعلوم الإسلام ، ص ٣٤٠ ، أن اسمه بجمع الجوامع ، وأنه طبع حديثا بإيران .

- (١) كتاب شرائع الإسلام .
- (٢) سِخْر بابل وسَجْع البلايل .
- (٣) مسائل مصرية .
- (٤) مسائل بغدادية .
- (٥) معراج الأصول .
- (٦) رسالة في محاسبة النفس .

ص - مذاهب اندثرت

١٥٨ - كان من حظ المذاهب ، التي عرفناها وبأصحابها وأصولها^(١) ، أن وجد لها من التلاميذ والأنصار من قاموا عليها بالدرس والتأليف ، فلا تزال قائمة معمولاً بها حتى اليوم وإلى ما شاء الله تعالى .

لكن تاريخ الإسلام والفقه والعلوم الإسلامية ، حفظ لنا مذاهب كثيرة أخرى لم يقدر لها الدوام ، ومنها مذاهب أصيلة جليلة كان من حقها - لو وجدت أنصاراً - أن تخلد مثل غيرها من المذاهب المعروفة السنية والشيعة . ونحن هنا نشير إلى بعضها ؛ فإلا حاطة بها ليست في وسعنا ، كما أن ذلك غير مطلوب لنا فيما قصدنا إليه ، وهي :

١٥٩ - ١) أبو عمرو عبد الرحمن بن محمد الأوزاعي الدمشقي ، إذ ولد بدمشق ونشأ بها ، وإن كان سكن آخر عمره بيروت ومات بها عام ١٥٧ هـ ، وهو « إمام عصره عموماً وإمام أهل الشام خصوصاً » كما يروى الذهبي^(٢) . وكان من الفقهاء الذين يكرهون القياس ولا يقدمون على الحديث شيئاً ، حاشا القرآن . ولذلك

(١) تكلمنا عن هذه المذاهب بإيجاز ، راجعين مع ذلك إلى المراجع الأصلية الأولى . ومن الخير الكثير لمن يريد البسطة في العلم بهذه المذاهب أن يرجع لهذه المصادر ، وللكتب الأربعة القيمة التي كتبها عن أبي حنيفة والشافعي ومالك وابن حنبل صديقنا وزميلنا العالم الجليل الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، زاده الله توفيقاً .

(٢) تذكرة الحفاظ ، ١ : ١٦٩ . ويذكر ابن خلكان (١ : ٣٨٩) أنه لم يكن بالشام أعلم منه .

كان يوصى بإتباع السنة ولزوم الجماعة ، ويقول : « إذا بلغك عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حديث فإياك أن تقول بغيره ، فإنه كان مُبَلِّغًا عن الله » ، كما جاء بتذكرة الحفاظ ص ١٧٠ .

وكان رحمه الله ورعًا دينًا لا يخاف في قول الحق شيئًا . يروى الذهبي أن عبد الله ابن علي عم السفاح الخليفة العباس الأول قدم الشام بعد أن قتل بني أمية ، واستدعى الأوزاعي وسأله عن دماء بني أمية ، فقال له دماؤهم عليك حرام ، فغضب وقال : لم ؟ فأجابه لأن الرسول قال لا يحل دم امرء مسلم إلا بإحدى ثلاث : ثيب زان ، ونفس بنفس ، وتارك لدينه . فقال الأمير : ويحك ! أليس الأمر (يريد الخلافة) لنا ديانة ؟ قلت : كيف ذاك ؟ قال أليس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أوصى لعلي ؟ قلت : لو أوصى إليه ، لما حكم الحكمين ! وهنا يشتد غضب الأمير ، حتى ليتوقع الأوزاعي أن يسقط رأسه بين يديه ، ولكن الأمير يشير إليه بالخروج ويتبعه برسول معه دنائير له فيفرقها قبل أن يدخل بيته^(١) .

هذا ، وقد « كان أهل الشام ، ثم أهل الأندلس^(٢) » ، على مذهب الأوزاعي مدة من الدهر ثم فنى العارفون به وبقي منه ما يوجد في كتب الخلاف^(٣) . ومعنى ذلك ، أن هذا المذهب ، ضعف أمره حتى ذهب أمام مذهب الشافعي بالشام ومذهب مالك بالأندلس ، وكان هذا في القرن الثالث .

١٦٠ — ٢) أبو عبد الله سفيان بن سعيد الثوري الكوفي ، المتوفى عام ١٦١ هـ على الأصح . كان من الأئمة المجتهدين بإطلاق ، جمع بين الأمانة في علم الحديث وغيره من العلوم . وفيه يروى ابن خلكان^(٤) ، أنه يقال : « كان عمر بن الخطاب في زمنه رأس الناس ، وبعده عبد الله بن عباس ، رضى الله عنهما ، وبعده

(١) يتصرف عن تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ١٧٠ — ١٧١ .

(٢) حمله إليها أعقاب الأمويين الذين ذهبوا إليها من الشام بعد ذهاب دولتهم .

(٣) تذكرة الحفاظ ، ص ١٧٢ .

(٤) وفيات الأعيان ، ج ١ : ٢٩٦ .

الشَّعْبِي^(١) ، وبعده سفيان الثوري . « إلا أن مذهبه لم يكثر أتباعه ولم يطل تقليده ، بل انقطع عن قريب^(٢) .

١٦١ — ٣) أبو الحارث الليث بن سعد الفهمي المتوفى عام ١٧٥ هـ . ترجمه الخطيب البغدادي ، في شيء من الطول^(٣) ، ترجمة نفهم منها أنه كان فقيه أهل مصر ، وأن الإمام مالك بن أنس أفاد منه كثيراً من العلم والفقه ، حتى أنه يعنيه دائماً بقوله : « وأخبرني من أَرْضِي من أهل العلم » . وكذلك يذكر أنه كان رجلاً سريعاً نبيلاً ذا ثراء كثير يصل به إخوانه وذوي الحاجات ، فلم تجب عليه زكاة قط مع أن دخله في العام الواحد كان آلاف الدنانير !

وكان لليث جدل ومراسلات علمية مع مالك ، وربما كان له القلج في كثير منها ، وأهل أم ما كان يدور عليه الجدل ما يراه مالك من الاحتجاج بعمل أهل المدينة حتى ربما ترك الحديث لا يجده مؤيداً من عمل هؤلاء . وقد حفظ لنا ، في هذه الناحية ، العلامة ابن القيم رسالة من فقيه مصر لإمام المدينة ؛ وهي رسالة تعتبر بحق مثلاً أعلى لتراسل العلماء ، وإجلال بعضهم لبعض ، وجدلهم في سبيل الحق وحده^(٤) .

وفي الموازنة بين الليث ومالك ، نرى ابن خلكان يذكر أن الشافعي قال : « الليث بن سعد أفقه من مالك ، إلا أن أصحابه لم يقوموا به » . ثم ذكر بعد ذلك أن الإمام مالكا كان يستلهم إجابته عن المسائل في الفقه زميله فقيه مصر^(٥) .

١٦٢ — ٤) أبو سليمان داود بن علي الأصفهاني الظاهري المتوفى عام ٢٧٠ هـ

(١) هو أبو عمرو عامر بن شراحيل المتوفى عام ١٠٤ على أصح الأقوال .

(٢) الديباج المذهب ، ص ١٣ .

(٣) تاريخ بغداد ، ١٣ : ٣ وما بعدها .

(٤) إعلام الموقعين ، ٣ : ٧٢ وما بعدها .

(٥) وفيات الأعيان ، ١ : ٦٢٥ . وانظر ترجمته أيضاً في تذكرة الحفاظ للذهبي ، ١ : ٢٠٧ وما بعدها ، وشذرات الذهب لابن العماد ، ١ : ٢٨٥ .

هو شيخ أهل الظاهر ، وواضع أساس هذا المذهب الذى انتصر له من بعد ، وأعلى بنيانه ، على بن سعيد بن حزم الأندلسى المتوفى عام ٤٥٦ هـ ، وذلك بما ألف من كتب كلها لها خطرهما . ومن أهم هذه الكتب : كتاب « المحلى » فى الفقه ، و « الإحكام فى أصول الأحكام » فى أصول الفقه ، وكلاهما كتاب ضخم جليل ومتداول بين أيدينا .

وأساس مذهب داود العمل بظاهر القرآن والسنة ، ما دام لم يقد دليل على إرادة غير الظاهر ، ثم - عند عدم النص^(١) - يأخذ بالإجماع بشرط أن يكون إجماع علماء الأمة جميعاً ، وهيات أن يتحقق هذا الشرط فكأنه رفض الرجوع للإجماع . أما القياس أو الرأى ، والاستحسان ، وما إلى ذلك كله ، فيرفضه جميعاً ولا يعتبر شيئاً منه دليلاً مع أدلة الأحكام .

من أجل ذلك ، يجد الباحث فى الفقه الظاهرى تضيقاً غير قليل على الناس ، وبخاصة فى المعاملات التى تجرى بين الناس كل يوم ، كما يجد فيه آراء خالفت كل ما عليه جماهير الفقهاء المعروفين^(٢) . وحسبنا أن نعلم أن الظاهرية يرون أن كل عقد أو شرط لم يثبت بنص أو إجماع يكون غير صحيح ، مستدلين بظاهر قول الرسول : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » ولهذا ، ترى ابن حزم ، بعد أن رضى هذا الحديث وفهمه على النحو الذى أراد ، يقول : « فصيح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه ، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بالزامه باسمه أو بإباحة التزمه بعينه^(٣) » .

ومهما يكن ، فقد كان داود حافظاً من حفاظ الحديث ، فقيهاً مجتهداً صاحب

(١) لأنه يرى أن نصوص الكتاب والسنة كافية لكل ما تحتاج من أحكام .

(٢) ومن هذه الآراء ، أن نفقة الزوج الميسر تجب على زوجته الغنية (المحلى ، ج ١٠ : ٩٢) لأنها ترثه فعليها النفقة بنص القرآن .

ولا شك أن هذا رأى طريف فيه خير كثير من الناحية الاجتماعية ، ولا ينافى روح الشريعة الإسلامية .

(٣) الإحكام فى أصول الأحكام ، ج ٥ : ٣٢ .

مذهب مستقل — بعد أن كان شافعيًا — تبعه فيه جمع كثير ، وإليه انتهت في زمنه رئاسة العلم ببغداد^(١) ومع هذا ، فإن مذهبه لم يبق طويلاً ، فقد أخذ في الاضمحلال في القرن الخامس ، ثم انقرض تماماً في القرن الثامن وليس له من أثر الآن إلا في الكتب .

١٦٣ - ٥) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى ببغداد عام ٥٣١٠ هـ . وهو ، كما يقول ابن النديم ، : « علامة وقته وإمام عصره وفقه زمانه » ، وكان مع هذا محدثاً جليلاً ومؤرخاً عظيماً ومفسراً مشهوراً ، أى أنه : « كان متفنناً في جميع العلوم : علم القرآن والنحو والشعر واللغة والفقه كثير الحفظ »^(٢) .

وقد أخذ فقه الشافعي عن الربيع بن سليمان بمصر وعن غيره ببغداد ، وفقه مالك عن بنى عبد الحكم وغيرهم ، وفقه أهل العراق عن أبي مقاتل بالرى . إلا أنه مع هذا ، لم يكن مقلداً لأحد من هؤلاء ، بل كان من الأئمة المجتهدين ، وله أتباع في مذهبه^(٣) .

وله مؤلفات كثيرة لا يزال عدد غير قليل منها بين أيدينا^(٤) . ومن هذه المؤلفات كتاباه في التاريخ والتفسير وكلاهما موسوعة علمية قيمة لها كبير الخطر وعظيم الأثر . وكتاب اختلاف الفقهاء ، وقد نشر القطعة الباقية منه المستشرق الألماني فريدريك كرن سنة ١٩٠٢ بمصر ؛ وهو كتاب قيم يرينا صوراً طيبة من اختلافات الفقهاء واحتجاج كل لرأيه ومذهبه ، ويزيد في قيمته أنه حفظ لنا أقوال كثير من الفقهاء الذين اندثرت مذاهبهم فلم يبق منها إلا ما يجرى في كتب الخلافات .

(١) ابن خلكان ، ح ١ : ٢٤٧ ؛ الذهبي ، ح ٢ : ١٣٦ ؛ طبقات الشافعية لابن السكي ، ح ٢ : ٤٢ وما بعدها . وانظر في ثبت مؤلفاته ، الفهرست ص ٣٠٣ - ٣٠٥ .

(٢) الفهرست ص ٣٢٦ - ٣٢٧ .

(٣) الفهرست ، ص ٣٢٦ ؛ وفيات الأعيان ، ح ١ : ٦٥١ ؛ تذكرة الحفاظ ، ح ٢ : ٢٥١ .

(٤) انظر في هذا ، الفهرست ص ٣٢٧ - ٣٢٩ ؛ تذكرة الحفاظ ، ح ٢ : ٢٥١ .

- ٢٥٣ ؛ مفتاح السعادة ، ح ٢ : ١٧٦ .

وبعد ! من هذه المذاهب ، ما اندثر منها وما خلد ، نعرف أى ثروة لنا فى الفقه الإسلامى ، وهى لا تحتاج إلا لتضافر العاملين على معرفتها وتجليتها للناس والإفادة منها ! وإن فيها ما يغنيننا عن الالتجاء دائماً لفقه الأمم الأخرى نستمد منه فى تشريعاتنا وقوانيننا . فهل تصدق منا النية ، ويحسن العمل ؟ ذلك ما نرجوه ، والله هو المستعان الموفق للخير .

هـ — أصول الفقه أو مصادره

١٦٤ — هذه الأصول أو المصادر عديدة ؛ فجمهور الذين كتبوا فى علم « أصول الفقه » يجعلونها أربعة ، وهناك من جعلها عشرة ، ومن زاد فيها حتى جاوز بها العشرة إذ جعلوا منها ما هو موضع خلاف بين الأئمة والفقهاء .

ولعل من الحق أن نقرر أن بعضها يتداخل فى بعض ، وأنها لذلك ترجع إلى أربعة فى رأى أكثر علماء الأصول ، وهى : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس . على أن أبا عبد الله الخوارزمى المتوفى عام ٣٨٧ هـ ، وهو ممن كتب فى مبادئ العلوم وكلياتها ، يقول بأن أصول الفقه المتفق عليها ثلاثة : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمختلف فيها ثلاثة : القياس ، والاستحسان ، والاستصلاح^(١) . والقياس قال به جمهور العلماء غير داود بن علي الأصفهاني ومن تبعه ، والاستحسان تفرد به أبو حنيفة وأصحابه ولذلك سموا أصحاب الرأى ، والاستصلاح تفرد به مالك ابن أنس وأصحابه^(٢) .

وسنتكلم ، بإيجاز ، عن كل من هذه المصادر أو الأصول الهامة وهى : الكتاب ، السنة ، الإجماع ، القياس ، الاستحسان ، والمصالح المرسلة . فهذه هى مصادر الأحكام الفقهية التى يكثر ذكرها فى كتب الأصول ، والتى رجع إليها أئمة الفقه ورجاله الأعلام فى استنباط الأحكام الشرعية .

(١) ويسمى المصالح المرسلة .

(٢) مفاتيح العلوم ، ملخصاً بحروقه ، ص ٧ — ٩ .

الكتاب والسنة

٤- الكتاب :

١٦٥ - هو كلام الله تعالى الذى نزل به الروح الأمين على قلب محمد بن عبد الله ، ليكون من المنذرين ، بلسان عربى مبين^(١) ، فكان حجة له من الله على أنه رسوله للعالمين كافة وهو المكتوب بين دفتى المصحف ، المبدوء بالقائمة ، والمختتم بسورة الناس .

والله تعالى شاءت حكمته أن يوحى من قبل إلى أنبياء ورسل كثيرين ، منهم من قص أنباءهم علينا فى القرآن ، ومنهم من لم يقصص علينا شيئاً من أخبارهم وأحوالهم ، إلا أنه ما من أمة إلا جاءها نذير من لدنه جل وعلا .
إلا أن كتاب الإسلام الذى رضىه ديناً لنا وللعالمين جميعاً ، له خصائصه التى امتاز بها عن كتب الله السابقة عليه . ومن هذه الخصائص أنه نزل إلى الرسول من لدن الله بمعانيه وألفاظه العربية ، وهذا ثابت من القرآن نفسه الذى يصرح فى أكثر من آية بأنه نزل بلسان عربى مبين . وهذه الخصيصة كما تميزه عن وحى الله لأنبيائه الذين مضى بهم الزمن قبل الرسول ، تميزه عن أحاديث الرسول نفسه ، إذ معانى هذه الأحاديث ملهمة له من الله ويعبر عنها الرسول بألفاظ من عنده .

ومن هذه الخصائص أيضاً ، اشتماله على نظام كامل للدين والدنيا ، بما شمل من تشريعات للفرد والمجتمع والعالم كله فى كل الحالات^(٢) . وكذلك اختص القرآن بأنه قد نقل إلينا بطريق التواتر الذى يفيد العلم والقطع به ، جيلاً بعد جيل ،

(١) اقتباس من آيات ١٩٢ - ١٩٥ من سورة الشعراء المسكية .

(٢) هذه التشريعات أحكام فى العقيدة وأخرى فى الأخلاق ، ثم أحكام للمبادات وللمعاملات ، وهذا القسم الأخير يشمل كل أقسام القانون التى يعرفها هذا العصر الحديث : الأحوال الشخصية ، المدنى ، الجنائى ، الدستورى ، الدولى . . . الخ وقد أشرنا إلى شىء من ذلك من قبل ،

لم ينله أى تحريف أو تغيير ، حتى صار محفوظاً فى صدور كثير من المسلمين ، وبذلك صدق قوله تعالى : « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون »^(١) .

١٦٦ - هذا ، ومهما شرطنا على أنفسنا الإيجاز فى هذا البحث ، فإنه ينبغى أن نشير إلى أمور :

(أ) القرآن وإن كان أساس الشريعة وأصلها الأول ، لم يدل على الأحكام التشريعية الفقهية فى غالب الأمر إلا على نحو كللى عام ، لا جزئى خاص . ومن ثم كانت الحاجة للرسول وسنته بجانبه كما ذكرنا من قبل ، وفى هذا يقول الله تعالى : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم »^(٢) .

(ب) نصوص القرآن كلها قطعية الثبوت لا ريب فى صحتها ، لوصولها إلينا بطريق التواتر كما قلنا . إلا أن دلالة هذه النصوص على الأحكام ، قد تكون دلالة قطعية ، لعدم احتمال النص إلا تفسيراً واحداً ، كما فى آيات المواريث وآيات الحدود وقد تكون دلالة النص دلالة ظنية لا يقطع بها ، لاحتماله أكثر من تفسير بسبب ما اشتمل عليه من لفظ عام أو مشترك أو مطلق ومن مثل ذلك ، قوله تعالى : « حرمت عليكم الميتة »^(٣) ؛ فإن لفظ الميتة عام يشمل ميتة البر و ميتة البحر ، فهل المراد ذلك كله ؟ أم المراد ميتة البر أو البحر فقط ؟ ومن هنا كانت دلالة هذا النص على المراد ظنية ، فجاءت السنة وبيئت أن المراد بالتحريم ميتة البر لا البحر ، إذ قال الرسول عن البحر : « هو الطهور ماؤه الحِلُّ ميتته »

(ج) كان من أحكام القرآن ، فى العبادات والمعاملات . ما نزل تدريجياً تبعاً لحاجة الزمن وطاقة النفس الإنسانية ، ولذلك وقع فى القرآن نسخ حكم بآخر ، وفى هذا يقول الله تعالى : « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثاها »^(٤) .

(١) سورة الحجر ٩ : ١٥ .

(٢) النحل ١٦ : ٤٤ .

(٣) المائدة ٥ : ٣ .

(٤) البقرة ٢ : ١٠٦ .

١٦٧ - والنسخ في القرآن من الموضوعات الهامة التي عُنِيَ ببحثها علماء أصول الفقه ، وفيها مسائل عديدة مختلفة ليس هنا موضع بيانها . ولكن ، نرى أن نعرض بعض هذه المسائل ، من باب التعداد ، لا من ناحية البحث والتحليل وبيان الرأي الصحيح .

(١) نسخ آية من القرآن بأخرى منه ، أمر لا خلاف فيه ، إنما الخلاف في جواز نسخ القرآن بالسنة أو بالإجماع . يرى جمهور الفقهاء أن هذا جائز ، على حين يرى الشافعي وبعض الفقهاء عدم جوازه . وفي هذا يقول الإمام سيف الدين الآمدي الشافعي المتوفى عام ٦٣١ هـ : « قطع الشافعي وأكثر أصحابه وأكثر أهل الظاهر ، بامتناع نسخ الكتاب بالسنة المتواترة ، وإليه ذهب أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه وأجاز ذلك جمهور المتكلمين من الأشاعرة والمعتزلة ، ومن الفقهاء مالك وأصحاب أبي حنيفة . . . » (١) .

وكما اختلف في نسخ حكم من القرآن بالسنة ، اختلف في جواز نسخه بالإجماع وإن المختار هنا . عدم جوازه وهو رأي الأكثرين ، أما الأقلون فقد أجازوه (٢) ، ومن هؤلاء ابن حزم بشرط أن يكون الإجماع منقولاً عن النبي نفسه صلى الله عليه وسلم (٣) . ونعتقد أنه لو أجاز نسخ حكم قرآني بالإجماع من غير قيد ، لرأينا الكتاب عرضة في أحكامه للتغيير والتبديل ، وهذا مالا يرضاه المسلمون بحال .

(٢) هناك من أحكام القرآن مالا يدخله النسخ مطلقاً ، ومثل ذلك كثيرة . منها ما يتعلق بالاعتقاد ، كوجوب الإيمان بالله واليوم الآخر ؛ وما يتعلق بالأخلاق

(١) الإحكام في أصول الأحكام ، ج ٣ : ٢١٧ . وبعد ذلك أخذ يشكك عن المذهبين وحجة كل منهما وراجع « الرسالة » للشافعي ص ١٧ ؛ الأحكام لابن حزم ، ج ٤ : ١٠٧ وما بعدها ، حيث يتبين أنه يخالف الشافعي في رأيه . وانظر المستصفي للغزالي الشافعي ، ج ١ : ١٢٤ - ١٢٥ ، حيث يشكك عن جواز نسخ القرآن بالسنة ووقوعه فعلاً وعن خلافه للشافعي .

(٢) انظر الإحكام للآمدي ، ج ٣ : ٢٢٩ - ٢٣١ .

(٣) الإحكام ، ج ٤ : ١٢٠ .

كالأمر بالصدق وبر الوالدين والإحسان للجار ، ونحو ذلك كله من الفضائل ،
وكانه يهتدى عن أضدادها من الرذائل .

والضابط للأمر أن كل ما هو حسن في كل زمان ومكان ، بلا ريب ،
لا يقبل النسخ ؛ وما يختلف باختلاف الأمم والبيئات والعُصُر ، هو الذي يجوز
أن يرد عليه النسخ ، تبعاً لحكمة الله العليم الخبير على أن هذا هو رأى المعتزلة
في حين يرى أهل السنة أن كل حكم شرعى قابل للنسخ^(١) .

(٣) مع الاتفاق ، كما رأينا ، على وقوع النسخ في القرآن ، اختلف العلماء
في عدد الآيات التي وقع فيها النسخ فعلاً ، وكان منهم الكثير والمقل . ومن هؤلاء
الإمام جلال الدين السيوطي المتوفى عام ٩١١ هـ فقد أفرد هذه المسألة بالبحث
والتأليف ، وانتهى إلى أن الآيات المنسوخة عشرون آية ، ثم ذكرها جميعاً هي
والآيات أو الأحاديث الناسخة لها^(٢) .

٢ - السُّنَّة :

١٦٨ - هي ما صدر عن الرسول من قول أو فعل أو تقرير ، ومعنى التقرير
أن يقول أو يفعل بعض الصحابة شيئاً بمحض الرسول فيسكت عنه أو يستحسنه ،
فيعتبر هذا وذاك موافقة له عليه . وقد يبلغ الرسول ذلك عن صحابي غائب عن
مجلسه ، فيقرئه عليه فيكون هذا موافقة له أيضاً على ما قال أو فعل .

وقد بدأ جمع السنة وتدوينها في العصر العباسي ، ثم كثرت فيها المؤلفات التي
أشرنا فيما مضى إلى أكرمها قيمة وأعظمها حظاً من الدقة والتمحيص ، وهي الكتب
الستة المعروفة .

ولا نزاع في أن السنة حجة في التشريع بجانب القرآن ، وقد يؤخذ هذا من

(١) المستصفى للغزالي ، ج ١ : ١٢٢ .

(٢) الإتيان في علوم القرآن ، ج ٢ : ٢٢ - ٢٣ .

آيات كثيرة من القرآن . منها قوله : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا »^(١) وقوله : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول »^(٢) ، وقوله : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسلياً »^(٣) .

١٦٩ - ومنزلة السنة من الكتاب أنها تجيء بعده في الاحتجاج بها وتعرف الأحكام الفقهية منها ، فلا يصار إليها إلا عند عدم نص من القرآن يفي بما تريد ، وهكذا كان الصحابة والفقهاء يعملون دائماً .

وكانت السنة كذلك ، لأن القرآن مقطوع به كله ، أما هي فمنها المقطوع به كالأحاديث المتواترة ، ومنها ما ليس كذلك كالأحاديث المشهورة أو خبر الآحاد منها . لكن المقطوع به من الأحاديث لا يبلغ في اليقين مبلغ القرآن بطبيعة الحال . ثم السنة تعتبر كالتفسير والبيان للقرآن ، وما كان كذلك يكون تالياً في الرتبة والمنزلة .

١٧٠ - على أننا قد ذكرنا من قبل ، أن الرسول قد أتى بتشريعات ليست في القرآن نصاً ، إلا أنه استلهمها بلا ريب من روح التشريع السارية فيه ومبادئه ، وذلك بطريق الاجتهاد والقياس . وكذلك ذكرنا ، بإجمال فيما سبق ، شيئاً عن اجتهاد الرسول فيما لم يتلق فيه وحياً من السماء ، وعن رماله أو عمله بصفة عامة بجانب القرآن .

بقي ، بعد ما تقدم ، أن نذكر أن الفقهاء ليسوا على رأى واحد فيما يختص بأحاديث الآحاد والأحاديث المشهورة ، أى فيما سوى الأحاديث المتواترة الصحيحة المقطوع بها ، وقد بينا ذلك عند بحث المذاهب الفقهية للأئمة الأربعة ، فيحسن الرجوع إليه .

(١) سورة الحشر م ٥٩ : ٧ .

(٢) النساء م ٤ : ٥٩ .

(٣) النساء م ٤ : ٦٥ .

١٧١ — وأيضاً ، فإن الشيعة ، كما تقدم ، لا يعترفون بكتب الحديث الذي اعتمدها أهل السنة ، إذ أنهم لا يعترفون إلا بما رواه أئمتهم هم ورجالهم من الأحاديث أو الأخبار كما يسمونها ، وأشهر مجاميعها لديهم هي ^(١) .

(أ) الكافي ، لمحمد بن يعقوب الكليني المتوفى عام ٣٢٨ أو ٣٢٩ هـ .

(ب) من لا يحضره الفقيه لأبي جعفر محمد بن علي بن بابويه القمي ، المتوفى عام ٣٨١ هـ .

(ج) تهذيب الأحكام لأبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المتوفى عام ٤٦٠ هـ

(د) الاستبصار في أحاديث الأحكام ، لهذا المؤلف نفسه .

(هـ) بحار الأنوار لمحمد المعروف بياقر المجلس ، المتوفى عام ١١١٠ هـ

(و) الوافي لمحمد بن مرتضى المدعو محسن الكاشاني والملقب بالفيض ، وقد توفي عام ١٠٩١ هـ .

(ز) وسائل الشيعة إلى تحصيل أحاديث الشريعة ، وهو مرتب على أبواب الفقه لمحمد بن الحسن الشامي المشفري ، وقد توفي عام ١١٠٤ هـ

ومع اتخاذ الشيعة مراجع خاصة لهم في الحديث ، فإن معرفتي بالحديث عندهم ، وإن كانت ضعيفة ، قد تجعل لي الحق في القول بأن أكثر ما اعتمده أهل السنة من أحاديث الأحكام الفقهية يعتمد على الإخوان الشيعة ، إذ رواها عن أئمتهم ورجالهم المعتمدين لديهم .

١٧٢ — وأخيراً نتكلم عن اعتبار السنة ناسخة تارة ، ومنسوخة تارة أخرى ، وبذلك يتم بحثنا الموجز لها .

رأينا فيما سبق أن جمهور الفقهاء ، عدا الشافعي وبعض الفقهاء معه ، على جواز نسخ السنة للحكم الثابت بالكتاب . والآن نقول بأن النسخ وقع فعلاً في السنة ،

(١) أظن كتاب تأسيس الشيعة لعلوم الإسلام ، ص ٢٨٨ - ٢٨٩ . وهناك كتب ومجاميع أخرى في الحديث أيضاً ، ذكرها المؤلف بعد تلك .

وأن هذا النسخ كان أحياناً بالقرآن وبسنة أخرى أحياناً . وفي هذا يقول الإمام الغزالي : « يجوز نسخ القرآن بالسنة والسنة بالقرآن ، لأن الكل من عند الله عز وجل فما المانع منه ؟ ... كيف ، وقد دل السمع على وقوعه » ! ثم أتى بعد هذا بمثل للنوعين ، وذكر خلاف الشافعي في جواز نسخ السنة بالقرآن ورد عليه^(١) .

هذا في نسخ السنة بالقرآن . أما نسخ السنة بمثلها عن الرسول ، فهو متفق عليه بين الفقهاء جميعاً . وفي هذا يقول الإمام الآمدي : « وانفقوا أيضاً على جواز نسخ السنة المتواترة بالمتواترة منها ، ونسخ الأحاد منها بالمتواتر ، ونسخ الأحاد بالأحاد . كما روى أنه ، صلى الله عليه وسلم ، حرّم زيارة القبور بنهيها عنها ، ثم نسخ ذلك بقوله « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها » . وأما نسخ المتواتر منها بالأحاد ، فقد اتفقوا على جوازه عقلاً ، واختلفوا في وقوعه سمعاً ؛ فأثبتته داود وأهل الظاهر ، ونفاه الباقر^(٢) .

وروى في هذا أيضاً أن الرسول قال في حق شارب الخمر : « إذا شرب الخمر فاجلدوه ، فإذا شرب الثانية فاجلدوه ، وإذا شرب الثالثة فاجلدوه ، فإذا شرب الرابعة فاقتلوه » . ثم حُجِّل إليه من شرب للمرة الرابعة ، فلم يأمر بقتله ؛ ومعنى هذا أن قتل شارب الخمر للمرة الرابعة شرع بالسنة ، ثم نسخ بها .

ح - الإجماع :

١٧٣ - بعد أن أورد الآمدي تعاريف للإجماع عند بعض العلماء ، ولم يرض واحداً منها ، ذكر بأن الحق في تعريفه أن يقال : « الإجماع عبارة عن اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد في عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع^(٣) » .

(١) المستصفي ، ج ١ : ١٢٤ : ١٤٥ . وانظر أيضاً ، الإحكام الآمدي ، ج ٣ : ٢١٢ ؛ الأحكام لابن حزم ، ج ٤ : ١٠٧ .

(٢) الإحكام ، ج ٣ : ٢٠٨ - ٢٠٩ . وانظر عند أهل الظاهر ، الإحكام لابن حزم ، ج ٤ : ١٠٧ .

(٣) الإحكام ، ج ١ : ٢٨١ - ٢٨٢

وفي رأينا أنه لو قال : « جملة المجتهدين » بدل : « أهل الحل والعقد » ، وكان أحسن ؛ لأن العبرة في الإجماع هو إجماع المجتهدين ، وليس كل من هو من أهل الحل والعقد مجتهداً .

على أن الإمام مالك بن أنس ، وكذلك الشيعة ، لم يشترطوا إجماع كل المجتهدين المسلمين ليكون الإجماع حجة فيما اجتمعوا عليه من الأحكام . بل ذهب الأول إلى اعتبار إجماع أهل المدينة وحدهم ، كما ذهب الآخرون إلى إجماع مجتهديهـم وحدهم أيضاً ، لما يروونه من قول الرسول : « إني تارك فيكم الثّقائين ^(١) » ، فإن تمسكتم بهما لن تضلوا ، كتاب الله وعترتي » ؛ وما دام الرسول قد قصر التمسك عليهما ، فلا تقف الحجة على غيرهما ^(٢) .

١٧٤ — فإذا تركنا هذين الرأيين ، واشترطنا إجماع كل المجتهدين من المسلمين ، هل يكون ذلك ممكناً ، أى هل من الممكن انعقاد إجماع على هذا الشرط ؟ يرى فريق من العلماء أن مثل هذا الإجماع لا يمكن تحقيقه فعلاً ؛ لأنه يتعذر معرفة كل هؤلاء المجتهدين المتفرقين في قارات وأقطار مختلفة من العالم الإسلامي ، ومنهم من ليس معروفًا حتى يُسأل عن رأيه في المسألة التي يراد معرفة آراء المجتهدين فيها ^(٣) . ولأنه ، على فرض معرفة كل المجتهدين في بلاد الإسلام جميعها ، فإن معرفة هذه الآراء جميعها متعذر أيضاً للسبب السابق ؛ ولأن بعض هؤلاء المجتهدين قد يرجع عن رأيه الذي قرره ، قبل أن يتم لنا أخذ آراء الباقين . وفي هذا يقول ابن حنبل ، كما نقله ابن حزم ^(٤) . « وما يدعى الرجل فيه الإجماع هو الكذب ، من

(١) سماهما ثقلين ، لأن العمل بهما ثقل ، ويقال لكل خطير ثقل ، فسماهما ثقلين إعظاماً لقدرهما وتفخيماً لشأنهما ، النهاية ، ج ١ ص ١٣١

(٢) أنظر فيما يختص بمالك ، الإحكام للآمدي ، ج ١ : ٣٤٩ ؛ وفيما يختص بالشيعة ، المرجع نفسه ، ص ٣٥٢ - ٣٥٣ . وقد تناول ابن حزم رأى المالكية بالعرض والإبطال في كتابه الإحكام ، انظر ج ٤ : ٢٠٢ وما بعدها .

(٣) انظر ابن حزم ، في كتابه الإحكام ج ٤ : ١٢٧ ؛ حيث يؤكد أن اجتماع جميع علماء الإسلام في موضوع واحد ، حتى لا يشذ منهم أحد ، غير ممكن البتة .

(٤) الإحكام ، ج ٤ في موضع أسبته ؛ وانظر الإحكام للآمدي ، ج ١ : ٢٨٤ .

ادعى الإجماع فهو كذاب . لعل الناس قد اختلفوا ، ما يدريه ، ولم ينه إليه ! فليقل :
لا نعلم الناس اختلفوا .

وبجانب هؤلاء ، نرى الجمهور من العلماء الفقهاء على إمكان تحقق الإجماع ،
بل على وقوعه فعلا ، ولم في ذلك ما يستدلون به رداً على خصومهم المنكرين لذلك
كله^(١) ، مما لا نرى ضرورة إيرادها هنا ،

١٧٥ — ونحن نكاد لا نتصور إمكان وقوع الإجماع على ذلك النحو ،
الأسباب التي رأتها الطائفة من العلماء التي تخالف الجمهور ، وإن كنا نعتقد أن من
الممكن ، في هذا العصر الذي نعيش فيه ، أن يتحقق الإجماع في بعض الأمور التي
يهم المسلمين معرفة الحكم الشرعي فيها ؛ وذلك لسهولة الاتصالات بين الأقطار
الإسلامية ، وبخاصة إذا عنيت الحكومات بتعيين من لهم حق الاجتهاد والإفتاء
من علماء المسلمين في كل بلد ، فيصير من الممكن تعرف آراء هؤلاء المجتهدين فيما
يطلب تقرير حكم شرعي فيه من المسائل والواقعات .

هذا ، وبالإجماع ، عند القائلين بإمكانه وتحققه ووقوعه فعلا ، لا يكون إلا عن
دليل يستند إليه ، « فإن القول في الدين من غير دلالة ولا إماره خطأ^(٢) » ، وقد
يكون هذا الدليل هو القياس .

١٧٦ — أما الظاهرية ، الذين يرفضون القياس ولا يأخذون إلا بما ظهر لهم
من نص الكتاب والسنة ، فلا يرون أن يكون مستند الإجماع دليلاً آخر غير نص
من هذين الأصلين ، وفي هذا يقول ابن حزم : « ولا يمكن البتة أن يكون إجماع
من علماء الأمة على غير نص من قرآن أو سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٣) » .
ومعنى ذلك ، أنهم يرفضون الأخذ بالإجماع كما يقول به الفقهاء الآخرون لعدم

(١) الإحكام للامدى ، ج ١ : ٢٨٤ وما بعدها ؛ المستصفي للفرالى ، ج ١ : ١٧٣ وما بعدها

(٢) الآمدى ، ج ١ : ٣٧٦ .

(٣) الإحكام ، ج ٤ : ١٢٩ .

إمكان تحقيقه ، على ما سبق ذكره ؛ بل الذى نحتاج إليه جميعاً هو معرفة أحكام القرآن والسنة ، ففيهما غنية عن كل دليل آخر^(١) .

٥- القياس :

١٧٧ — يرى جمهور الفقهاء ، ورأيهم الحق ، أن نصوص الكتاب والسنة لا تنفى بأحكام ما جدد ويجدد من الحوادث والواقعات ، ورأينا أن الإجماع يكاد يكون متعذر التحقيق ، فلم يبق إلا أن يكون هناك أصل آخر للأحكام الفقهية ياجأ إليه الفقيه ، وذلك الأصل هو القياس .

والقياس فى اللغة هو التقدير ؛ فيقال قست الأرض بالتر ، أى عرفت كم تساوى مساحتها مقدرة بالأمتار المربعة . وأما فى اصطلاح علماء أصول الفقه ، فنجد له تعاريف كثيرة تختلف فيما بينها قليلاً أو كثيراً ، ولكنها جميعها تتضمن معنى التقدير والمساواة^(٢) .

ونستطيع أن نعرفه بأنه إلحاق فرع بأصل فى حكمه ، لمساواته له فى علة هذا الحكم : ومن مثل ذلك ، إلحاق النبيذ — مثلاً — بالخمر فى الحرمة ووجوب حد من يتناوله ، لأنه يسكر مثلها وكذلك ، كراهة كل أنواع المعاملات وقت النداء لصلاة الجمعة ، بالقياس على كراهة البيع التى نص الشارع عليها ، لما فى ذلك من الشغل عن الصلاة .

١٧٨ — وللقياس أركان وشروط ، بعضها فى الأصل المقيس عليه وبعضها فى الفرع المقيس ، يجب تحقيقها . فالأركان أربعة :

(أ) الأصل المقيس عليه الذى ورد النص على حكمه

(ب) الفرع المطلوب معرفة حكمه بطريق القياس

(١) الإحكام لابن حزم ، ج ٤ : ١٤٤ و ٢٣٢ .

(٢) انظر : الإحكام للآمدى ، ج ٣ : ٢٦٢ وما بعدها ، فقد أتى بتعاريف كثيرة لم يرضها

ثم انتهى بالتعريف الذى ارتضاه .

(ح) الحكم الشرعى الذى يراد إثباته للفرع .

(د) العلة المشتركة بين الأصل والفرع ، ولأجلها يأخذ هذا حكم ذاك .
وأما شروط الأصل ، فأهمها أن يكون حكمه شرعياً ، لا لغوياً مثلاً لأن اللغات لا يجرى فيها القياس ؛ وأن يكون ثابتاً غير منسوخ ، وإلا كان لا قيمة له ، ثم ألا يكون هذا الحكم ثابتاً بقياس ، بل بنص من الكتاب أو السنة أو بالإجماع^(١) .
بقى شروط الفرع ، وهى خمسة فى رأى الآمدى^(٢) ، ولعل أهمها أن تكون علة حكم الأصل موجودة فيه ، مع عدم وجود فارق أو مانع يمنع من تعدى حكم الأصل إليه وإلحاقه به فى حكمه .

١٧٩ — على أن هذا الأصل من أصول الأدلة ، ليس موضع اتفاق بين الفقهاء جميعاً ؛ فقد رفض اعتباره دليلاً الشيعة الإمامية ، وفريق من المعتزلة ، ثم ابن حزم وأصحابه من الظاهرية^(٣) . ولكل من هذه الطوائف مبدأ صدرت عنه فى موقفها من القياس ، وأدلة نحتج بها لمذهبها .

فالشيعة يرون أنهم فى غير حاجة له مادام أنتمهم المصومون عندهم أحكام الله فى كل واقعة كانت أو تكون ، وهذه الأحكام انتقلت إليهم عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، باعتبارهم أوصياء له ، جيلاً بعد جيل . ومن ثم ، تراهم يقولون ، كما سبق ذكره ، بأن الشريعة إذا قيست بحق الدين ! .

والنظام ومن تبعه من المعتزلة ، يقولون^(٤) بأن من الحق أن العقل يقتضى التسوية فى الحكم بين التماثلات ، والاختلاف فيه بين المختلفات ، ولو اطرده الأمر

(١) أطال الآمدى فى شروط الأصل ، فارجع إليه ، ح ٣ : ٢٧٧ وما بعدها . وراجع أصول الفقه للخضرى ، ص ٣٦٤ — ٣٦٨ .

(٢) الإحكام ، ح ٣ : ٣٥٩ — ٣٦٣ .

(٣) أما شيخ الظاهرية ، داوود بن على ، فلم ينكر القياس الجلى ولا الذى نص على علة حكم الأصل فيه .

(٤) الإحكام الآمدى ، ح ٤ : ٩ — ١٠ .

كذلك في الشريعة كان القياس أمراً يدعو إليه العقل . ولكن الشارع نراه يفرق في الحكم بين الأمور المتماثلة^(١) ، وقد يسوى فيه بين أمور مختلفة^(٢) ، وهذا على خلاف قضية العقل ، وإذا فلا يكون العقل مجوّزاً للقياس^(٣) .

١٨٠ - بقى ابن حزم وهو أشد هؤلاء جمعياً في رفض القياس ، اكتفاء بنصوص القرآن والسنة ، واستدلالاتهم لمذهبهم وتبنيهم لمذهب معارضيهم . وقد بسط ذلك كله في كتابه : الإحكام ، وردّ على أدلة خصومه ردوداً لم تخل من لسانه اللاذع ونقده الشديد وتهكمه المرير^(٤) .

فعنده أن من قال بالقياس ، قد تعدّى حدود الله وقفاً مالا علم له به ، وقال في شريعة الله برأيه ، مادام لديه الكتاب والسنة ومنهما كل غنية لو عرفنا استخراج كل ما فيها من الأحكام ، ولهذا لم يقل صحابي قط بالقياس ، وأما كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري حين بعثه قاضياً باليمن ، ونحوه مما ورد عن الصحابة من الآثار التي تفيد الأخذ بالقياس ؛ فقد أنكرها جميعاً بالطعن في أسانيدھا من ناحية ، وبإلزام خصومه إذ خالفوا بعض ما توجبه هذه الآثار من ناحية أخرى^(٥) .

بل ، تراه يذهب في السير إلى أبعد مما سار إليه ، فيحاول أن يجد في القرآن والسنة نصوصاً يدعم بها مذهبه^(٦) ، إذ يراها مبطلة للقياس ، داعية إلى وجوب رفضه وعدم العمل به في شريعة الله ، وبخاصة وعنده أن القول بالعمال في شيء من الشريعة وأحكامها باطل^(٧) .

(١) مثل قطع يد سارق القليل دون غاسب الكثير ، وحد انقاذ بالزنا دون القاذف بالكفر .

(٢) مثل إيجاب القتل بالردة والزنا مع الاختلاف بينهما .

(٣) كان مقتضى هذا القول ألا يكون العقل موجباً — لا مجوّزاً — الأخذ بالقياس . على أن علماء الأصول ردوا على هذه الحجة ، وانظر الآمدى ح ٤ : ١٨ — ١٩ . انظر أيضاً لإعلام الموقعين ، ح ٢ : ٢٥ وما بعدها ، حيث رد ابن القيم على كل ما أورده المعتزلة وغيرهم .

(٤) الإحكام ح ٧ ص ٥٥ وما بعدها .

(٥) الإحكام ، ح ٧ : ١٤٦ وما بعدها .

(٦) المصدر نفسه ، ح ٨ ص ٩ و ص ١٥ وما بعدها .

(٧) انظر ح ٨ ص ٧٦ وما بعدها ، ص ٩٧ وما بعدها .

١٨١ - على أنه مهما تكن شدة عارضة ابن حزم وقوة جدله ولدّده في الخصومة ، ومهما تكن حجج الذين رفضوا القياس من الطوائف الأخرى ، فإن الحق هو ماذهب إليه جمهور الفقهاء من أن القياس أصل من أصول الفقه ، ومصدر من مصادره ، مصدر لا يستغنى عنه فقيه ولم ينكره صحابي من قبل ، بل أرشد إليه الله نفسه في غير موضع من كتابه^(١) .

وقد عرض ابن القيم ، في الجزء الأول من كتابه : إعلام الموقعين ، مسألة القياس عرضاً وافياً ، وبين أدلة القائلين به وأدلة الآخرين الذين يرفضونه ، وتكلم عن عدم إحاطة النصوص أو إحاطتها بالحوادث ، ومعنى هذا الحاجة للقياس أو عدم الحاجة له ، ولم ينس أن يعرض لمسألة كون أحكام الله معللة - - - - - وحينئذ يتأتى القياس - - - أو غير معللة .

وبعد هذه المباحث وأمثالها المتعلقة بالقياس والخلاف فيه ، وقد أخذت أكثر من ثلثي الجزء الأول وقسماً كبيراً من الثاني ، وبعد أن نقد كلا من الطرفين الذين غلوا في الأحذ بالقياس ، والذين غلوا في رفضه ، بعد ذلك كله ، ذكر بأن في نصوص الكتاب والسنة بيانا للأحكام الشرعية كلها ، والقياس الصحيح - - - مع هذا - - - حق مطابق للنصوص ، وليس في الشريعة شيء على خلاف القياس^(٢) .

الاستحسان والمصالح المرسلة

ابن استحيانه :

١٨٢ - هذا الدليل اشتهر الأحناف بالأخذ به ، وإن اعتبره الفقهاء الآخرون ماعدا الشافعية ، ولا بد من تعريفه أولاً قبل الكلام في اعتباره وحجيته .

وقد يراد بالاستحسان ما يستحسنه المجتهد بعقله عن غير دليل ، وهذا طبعاً ما لا يريده الأحناف ولا غيرهم من هذا الأصل ، ماداموا يعتبرونه دليلاً من أدلة

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ، ج ١ : ١١١ .

(٢) المصدر نفسه ، ج ١ : ٢٩٣ ، ٣٣٥ .

الأحكام الفقهية . ولعل هذا المعنى هو الذى جعل الشافعى يرفض اعتبار الاستحسان أصلاً من أصول هذه الأحكام ، وقال فيه قولته المشهورة : « من استحسن فقد شرع » فى حين أن المشرع هو الله وحده ثم رسوله .

وقال الكرخى من علماء الأحناف : « الاستحسان هو العدول فى مسألة عن مثل ما حكم به فى نظائرها إلى خلافه ، لوجه هو أقوى^(١) » . وقريب من هذا أن يقال بأنه هو العدول عن قياس ظاهر جلى إلى قياس خفيت علته . وقد يكون العدول ، لا إلى قياس خفى ، بل إلى دليل آخر من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو العرف ، وسيأتى مثل توضيح ذلك^(٢) .

وهذا المعنى هو الذى يريده الأحناف والحنابلة والمالكية^(٣) من هذا الأصل الذى أخذوا به ، وهو ما نرضاه ؛ فهو ليس قولاً بالرأى والموى ، بل هو قول لدليل رجح لدى القائل به .

بل إن الغزالى من أئمة الشافعية يقول بعد أن ذكر تأويل الكرخى للمراد من الاستحسان : « وهذا مما لا ينكر ، وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحساناً من بين سائر الأدلة^(٤) » . يقول الغزالى هذا ، مع ما أطال فيه الإمام الشافعى فى إبطال القول بالاستحسان^(٥) .

وفى رأينا أن الشافعى نفسه قال بالاستحسان على هذا المعنى . فقد نقل عنه الآمدى ، وهو شافعى أنه قال : « استحسن فى المتعة [لمن طلقها زوجها قبل الدخول

(١) الآمدى ، ج ٤ : ٢١٢ . وانظر فى تعريفه أيضاً ، المبسوط للكرخى ج ١٠ : ١٤٥ ، وفيه أن الاستحسان قياس خفى قوى أثره .

(٢) وانظر أيضاً بعض المثل فى الآمدى ج ٤ : ٢١١ — ٢١٢ ؛ المستصنى للغزالى ، ج ١ : ٢٧٩ وما بعدها ؛ الاعتصام لأبى إسحاق الشاطبى ج ٢ : ١١٩ وما بعدها .

(٣) انظر الموافقات للشاطبى ، ج ٤ : ١١٦ وما بعدها . حيث تكلم عن الاستحسان عند مالك وغيره ، وآتى له بمثل كثيرة .

(٤) المستصنى ، ج ١ : ٢٨٣ .

(٥) الأم ، ج ٧ : ٢٦٧ — ٢٧٧ .

ولم يُسَمَّ لها مهراً [أن تكون ثلاثين درهما ، وأستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام ، وأستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابه . وقال في السارق ، إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى ، فقطعت : القياس أن تُقطع يميناه ، والاستحسان ألا تُقطع ^(١) .

١٨٣ — ولعل الذي دعا القائلين بالاستحسان إلى اختصاصه ، من بين سائر أدلة الأحكام ، بهذا الاسم الذي يستنكره الغزالي ، هو وروده في اللغة — وهذا أمر معروف — والكتاب وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم .

ففي الكتاب قوله تعالى : « فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه ^(٢) » ، وقوله : « فخذها بقوة وأمر قومك يأخذوا بأحسنها ^(٣) » . وفي السنة قول الرسول : « مارآه المسلمون حسنا ، فهو عند الله حسن » .

على أن المهم ليس اللفظ والاسم ، وإنما هو المعنى ، وقد عرفنا أن معنى « الاستحسان » ، عند القائلين به ، لا ينكره غيرهم أيضاً ، بل أخذوا به فعلا في بعض ما ذهبوا إليه .

١٨٤ — الاستحسان إذاً دليل أو أصل من أصول الفقه ، ويجيء في المرتبة بعد الأدلة السابقة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وكثيراً ما انتفع به الفقهاء في التشريع ؛ فنراهم يقولون — مثلاً — هذا الشيء يجوز استحساناً لا قياساً ، وذلك الأمر محظور قياساً مباح استحساناً . فكأنهم يجعلونه مقابلاً للقياس .

ويستدلون على حجيته بما ذكرنا من آيات وحديث إلى أخرى أمثالها ، كقوله تعالى : « اتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم ^(٤) » ، وإن تكلم في هذا الضرب من الاستدلال بعض الفقهاء ^(٥) . كما يستدلون بإجماع الأمة على الأخذ به في كثير من الأمور ، على اختلاف الآراء والمذاهب .

(١) الإحكام ، ٤ : ٢١٠ . (٢) الزمر ٣٩ : ١٨ .

(٣) الأعراف ٧ : ١٤٥ . (٤) الأعراف ٧ : ٢٣ .

(٥) انظر ، مثلاً ، المستصفى للغزالي ، ١ : ٢٧٦ وما بعدها .

١٨٥ — ونجد كثيراً من المثل على الأخذ به في كتب الفقه المختلفة ، ومنها

ما سبق ذكره عن الشافعي ، ونشير من هذه المثل إلى ما يأتي :

(أ) لا يصح بيع المعدوم ، ولكن أجازت الإجارة استحساناً ، مع أنها بيع للمنافع الشيء المستأجر ، وهذه المنافع معدومة لعدم وجودها عند عقد الإجارة ، فكان القياس بطلان هذا العقد ، ولكنه أجاز استحساناً بنص الكتاب والسنة والعرف الذي جرى عليه الإجماع ومعنى ذلك العدول عن القياس لهذه الأدلة الأقوى منه .

(ب) وكذلك السلم بيع شيء آجل معدوم بثمن عاجل معلوم ، فكان القياس عدم جوازه ، ولكن أجاز استحساناً لقول الرسول : « من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » وهذا الحديث قرر أمراً كان عليه العرف أيام الرسول ، إذ قدم المدينة وهم يسلفون في التمر السنتين والثلاث .

(ج) ومن هذا القبيل ما يسمى « بالاستصناع » وهو أن تتعاقد مع صانع على أن يصنع لك رداء أو شيئاً من الأثاث مثلاً ؛ فالمعقود عليه معدوم وقت العقد ، ولكنه أجاز استحساناً أيضاً ، لجريان العرف والتعامل به من الأمة جميعاً^(١) .

١٨٦ — ذكرنا أن الحنابلة من الذين اعتبروا الاستحسان أصلاً من أصول

الفقه ، لكن ابن القيم منهم لم يذهب هذا المذهب . وليس السبب أنه قول بلا دليل ، بل بالرأي والهوى ، كما وهم الشافعي ، بل لأنه ليس في شريعة الله شيء على خلاف القياس الصحيح ، وأن القياس الصحيح دائر مع أوامرها ونواهيها وجوداً وعدماً^(٢) . وقد جهد كثيراً في بيان أن العقود والأحكام التي قيل بها استحساناً لا قياساً ، هي كلها على وفق القياس . مثل المضاربة ، والمساقاة والمزارعة ، والسلم ، والإجارة .. إلى غير ذلك كله^(٣) .

(١) من هذه المثل ، وسواها كثير . يمكن القول بأن القول بالاستحسان كان موجوداً أيام الرسول نفسه .

(٢) إعلام الموقعين ، ١ : ٣٣٥ ، ٢ : ٢٤ .

(٣) انظر إعلام الموقعين في مواضع كثيرة من ١ : ٣٣٥ وما بعدها ؛ ٢ : في مواضع كثيرة أيضاً من أوله إلى ص ٢٤ .

وهذا المجهود الكبير يحملنا بلا ريب على الإعجاب بابن القيم تلميذ ابن تيمية ، ولكنه لا يحملنا على أن نسلم له كل النتائج التي وصل إليها . ولهذا نرى ، أنه يوجد حقاً كثير من الأحكام الفقهية لا تجرى على القياس ، بل لابد من القول فيها بالاستحسان .

المصالح المرسلة :

١٨٧ — أكثر الفقهاء أخذوا بهذا المصدر من مصادر الأحكام ، هو الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه^(١) ، وحسناً فعل . ذلك ، بأنه لو وقفنا في التشريع عند المصالح التي أمر الشارع باعتبارها ، لتعطلت كثير من المصالح الحقيقية للناس والأمة ، هذه المصالح التي تختلف وتتجدد في كل زمان ومكان ، وأعجزت الشريعة الإسلامية عن مسايرة التطور الذي لا نعلم له مدى ينتهي إليه ، بل هو دائم ما دام الزمن .

ويراد « بالمصالح المرسلة » ، كل مصلحة غير مقيدة بنص من الشارع يدعو إلى اعتبارها أو عدم اعتبارها ، وفي اعتبارها ، مع هذا ، جلب نفع أو دفع ضرر . وقد يقال بأنها المصالح التي يرجع معناها إلى اعتبار أمر مناسب لا يشهد له أصل معين من الشارع .

وتطبيقات هذا الأصل في التشريع ، وسيأتي مثل ذلك ، ترينا قربها من الاستحسان . على أنه يمكن الفرق بينهما ، بأن الاستحسان يكاد يُصور بأنه استثناء في الحكم من القواعد العامة التي يوجبها القياس ، بخلاف المصالح المرسلة فليس فيها عدول عن القياس فيما نعرفه من التطبيقات والتفريقات لها .

(١) يمكن أن يقال بإجمال بأن سائر الأئمة قد رفضوا هذا المصدر ، إلا القليل منهم . انظر الأحكام للامدني ، ٤ : ٢١٦ . ومن هؤلاء القلائل ، الغزالي بشرط أن تكون المصلحة مصلحة ضرورية قطعية . (انظر المستصفي ، ١ : ٢٨٤ وما بعدها) ، وإلا لتغير كثير من أحكام الشريعة بتغير الأحوال .

(٢) انظر ، الاعتصام لأبي إسحاق الشاطبي ، ٢ : ٩٥ ؛ تبصرة الأحكام لابن فرحون ، ٢ : ١١٧ ، طبعة مصر عام ١٣٠٢ هـ .

١٨٨ — ويشترط لاعتبار المصالح المرسله مصدرا من مصادر التشريع ، في رأى القائلين بها ، شروط ثلاثة :

(أ) أن يكون ذلك في مسائل المعاملات لا العبادات ، لأن هذه ثابتة لا تتغير .
(ب) ألا تعارض هذه المصلحة مقصداً من مقاصد الشريعة ولا دليلاً من أدلتها المعروفة .

(ج) أن تكون مصلحة حقيقية ضرورية للمجتمع ، أو على الأقل أن يكون فيها تحصيل نفع أو درء ضرر حقيقى .

وإذا رجعنا إلى أبى اسحاق الشاطبى ، نجده يلاحظ أنه لا بد لاعتبار المصالح المرسله من أمور ثلاثة لا تخرج عما ذكرناه ، وهى بنص كلامه^(١) :
أحدها ، الملاءمة لمقاصد الشرع ، بحيث لا تنافى أصلاً من أصوله ولا دليلاً من دلائله .

والثانى ، إن عامة النظر فيها إنما هو فيما عُنق منها وجرى على المناسبات المعقولة التى إذا عرضت على العقول تلتقتها بالقبول . فلا مدخل لها فى التعبدات ولا ما جرى مجراها من الأمور الشرعية ، لأن عامة التعبدات لا يعقل لها معنى على التفصيل .
والثالث ، إن حاصل المصالح المرسله يرجع إلى حفظ أمر ضرورى ورفع حرج لازم فى الدين . . .

١٨٩ — ومن ينظر فى تشريعات الصحابة والتابعين ، ومن إليهم من الفقهاء المجتهدين ، يعرف يقيناً أن هذا الأصل قد روعى فى كثير من تلك التشريعات . بل إن من هؤلاء من عمل على تأويل بعض النصوص أو إهمال القياس ، رعاية لهذه المصالح المرسله وتحقيقها ، قصداً إلى المصلحة العامة فيما سنّوا من نظم وتشريعات .

١٩٠ — ونذكر فيما يلى بعض النظم والتشريعات التى قامت على اعتبار المصالح المرسله مصدرا من مصادر التشريع ، وبعض ما يمكن أن يقوم عليها من تشاريع وأحكام أخرى :

(١) الاعتصام ، ٢ : ١١٠ — ١١١ ، ١١٤ .

(١) ليس في القرآن ، ولا في سنة الرسول ، نص يوجب أو يحرم جمع القرآن من الصدور والصحف والرقاع التي كان محفوظا فيها . ومع ذلك ، أجمع الصحابة أيام أبي بكر على كتابته وجمعه ، رعاية لمصلحة الأمة ، بعد أن تخرج أبو بكر أول الأمر من هذا العمل وقال : كيف أفعل شيئا لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولكن عمر ظل يراجع حتى شرح الله صدره له .

ثم ، جاء عثمان بن عفان ، رضوان الله عليه وعليهم جميعاً ، ورأى اختلاف المسلمين — وقد تفرقوا في البلاد للفتوح — في قراءة القرآن ، فحاف أن يؤدي الأمر إلى الاختلاف فيه كما اختلفت اليهود والنصارى ، فأمر بجمع القرآن في مصحف واحد فرق منه نسخا في البلاد ، ثم أمر بما سواه من الصحف ذات القراءات المخالفة فحرق .

(ب) منع عمر بن الخطاب إعطاء « المؤلفات قلوبهم » على الإسلام نصيبهم من الزكاة ، مع الأمر بذلك في القرآن .

(ج) وقف عمر أيضاً تنفيذ حد السرقة عام الجماعة ، والأمر معروف مشهور .
(د) إبقاء عمر أرض العراق وغيرها بين أيدي أهلها ، ووضع الخراج عليهم ، رعاية للمصلحة العامة للمسلمين ، بدل توزيع أربعة أخماسها على الفاتحين أصحاب الحق في ذلك كما هو معروف ، وقد تقدم ذكر هذه المسألة على طولها^(١) .

(هـ) جواز أن يفرض الإمام العادل على الأغنياء من المال ما لا بد منه لتكثير الجند ، وإعداد السلاح ، وحماية البلاد^(٢) .

(و) قضاء الخلفاء الراشدين بتضمين الصناع أثمان ما يضيع عندهم من حاجات الناس وأمتعتهم ، مع أنها أمانة لديهم والأمن لا يضمن ، ولكن على بن أبي طالب خاف الخيانة والتقصير فقال في هذا : « لا يصلح الناس إلا ذاك » .

(١ ، ٢) وهنا ، نذكر — مستلهمين هذين المثالين — أن قانون تحديد الملكية التي أصدرته الحكومة منذ أيام ، له سند قوى من الدين والشريعة الإسلامية .

ز) إجازة مالك سجن المتهم ، وإجازة أصحابه ضربه أيضاً ، ليكون ذلك وسيلة للإقرار ومعرفة الحقيقة^(١) .

هذه الأمثلة وغيرها^(٢) ، تدلنا على مقدار ما يمكن أن نفيد منه في التشريع من هذا الأصل ، المصالح المرسله ؛ على أن نرى ما يجب في ذلك من شروط ، وألا نفلوئى اللجوء إليه تبعاً للرأى والهوى .

١٩١ — وقد يكون من الغلو في هذا الباب ، ما روى من أن فقيها من كبار الفقهاء أفتى بعض السلاطين ، وقد ذكر له أنه واقع امرأته في رمضان ، بصوم شهرين متتابعين ؛ مع أن الفرض عليه أن يعتق رقبة كفارة لما وقع فيه ، فإن لم يستطع صام . ولما حاجه بعض إخوانه العلماء في فتواه ، قال لهم : لو قلت له عليه اعتاق رقبة ، لاستحقر ذلك وأعتق عبداً مراراً ؛ فلا يزجره إعتاق الرقبة ، ويزجره صوم شهرين متتابعين^(٣) . على أن الغزالي لم ترضه هذه الفتوى ، ورأى فيها مخالفة لنص الكتاب في سبيل مصلحة رآها المفتى ، وفتح هذا الباب — كما يقول — يؤدي إلى تغيير جميع حدود الشرائع ونصوصها بسبب تغير الأحوال^(٤) !

ومن هذا الباب أيضاً ، ما عرفته من بعض تلاميذى البولانيين ، حين كنت أستاذاً بكلية أصول الدين بالأزهر ، من أن المفتى ببولونيا أفتى بحرمة زواج المسلم بمسيحية أو يهودية . وذلك منه — بلاريب — رعاية لمصلحة المسلمين ، وهم أقلية هناك ، حتى لا تضعف وحدتهم وأمرهم .

(١) لا يرى الغزالي هذا الرأى ، لأن المصلحة في ضرب المتهم تعارضها مصلحة أخرى وهي مصلحة المضروب الذى قد يكون بريئاً ، « وترك الضرب في مذهب أهون من ضرب برىء » . المستصنى : ١٠ : ٢٩٨ . ورأى الغزالي هذا يوافق نظريات قانون العقوبات المصرية ، وهو الرأى المختار عند الأضاف . المبسوط لشمس الدين السرخسى ، ٢٤ : ٧٠ .

(٢) انظر ، الاعتصام للشاطبي ، ٢ : ٩٩ وما بعدها ، فقد ذكر عشرة أمثلة في هذه الناحية . وانظر ، في فرض بعض المال على الأغنياء للجند والسلاح وحماية الوطن ، المستصنى للغزالي ، ٢ : ٣٠٣ — ٣٠٤ .

(٣) الاعتصام ، ٢ : ٩٧ . وقد اتفق مثل هذا الحادث للحكم الأموى أمير المؤمنين بقرطبة ، وأفتاه بعض الفقهاء بمثل هذه الفتوى . المصدر نفسه ص ٩٧ — ٩٨ .

(٤) المستصنى ، ٢ : ٢٨٥ .

طبيعة الفقه الإسلامى أو خصائصه

١٩٢ — كان فيما كتبناه حتى الآن إشارات إلى بعض ما نريده بهذا البحث الذى نعالجه الآن ، نعى خصائص هذا الفقه الإسلامى التى يتميز بها عن كل ما عرفه العالم من ضروب الفقه حتى اليوم . ومن هذه الخصائص ما يرجع إلى طبيعة الفقه نفسها ، وما يرجع إلى الطريق الذى سار ويجب أن يسير فيه حتى يصل إلى الغاية التى يرضاها الشارع الحكيم للعالم كله .

وليس من الممكن استيعاب تلك الخصائص فى القدر المحدود من الصفحات التى خصصناها لهذا البحث ، ولكن يمكن تعريضها بإجمال مما يأتى :

- (١) الفقه يرجع فى أسسه العامة إلى وحى الله تعالى .
- (٢) تمهيد الشريعة لإحكامه بوازع الدين والأخلاق .
- (٣) جزاؤه دنيوى وأخروى معاً .
- (٤) نزعه جماعية .
- (٥) قبوله للتطور حسب بيئات الزمان والمكان .
- (٦) تأثيره أو عدم تأثيره بالقوانين الأخرى .
- (٧) غايته تنظيم الحياة الخاصة والعامة ، وتيسيرها ، وإسعاد العالم كله .

ولنأخذ الآن فى بيان هذا الإجمال بشيء من التفصيل ، على ألا نتعرض للمقارنة بين الفقه الإسلامى والفقه الوضعى إلا بقدر وفما تكون المقارنة ضرورية فيه ، لأن القصد الأول هو ما يختص بشريعة الإسلام وحدها .

أهم العامة

١٩٣ — جاء الإسلام بعد أن استنفد كل من الأديان السابقة أغراضه ، وصارت الإنسانية مستعدة لتقبله ، وأحست بالحاجة الملحة لرسالة سماوية تكون خاتمة الرسالات جميعاً ، وتشوقت لدين جديد يسير بها قدماً إلى حياة العز والكرامة

والسعادة ، لا فرق بين جنس وجنس ولا بين أمة وأخرى ، حتى لا يكون للناس جميعاً إلا إله واحد والعالم كله يعبدُه .

وكانت وسيلة الإسلام لذلك ، بيان العقيدة الحقّة ، بعد أن اختلفت في ذلك اليهودية والنصرانية اختلافاً كبيراً مرّق العالم إلى فرّق كثيرة متعادية ؛ ووضع النظم والقوانين الصالحة لحياة الفرد والجماعة ، وبخاصة وقد كان حظ ما سبّقة من الأديان السماوية ضئيلاً في هذه الناحية ؛ ومن هذه النظم والقوانين ، ما نعرفه اليوم باسم « الفقه » .

١٩٤ — أساس هذا « الفقه » إذاً هو وحي الله تعالى ، هذا الوحي الذي نَجده في كتابه الكريم وسنة رسوله العظيم الذي لا ينطق عن الهوى . ففي هذين المصدرين ، نجد — كما ذكرنا من قبل — جماع ما نعرف اليوم من أقسام القانون الحديث المختلفة : المدني ، التجاري ، المقوبات ، الدستوري ، الدّولي ... إلى آخر فروع القانون .

وكل فقيه مقيدٌ بنصوص هذين المصدرين أو الأصلين الأساسيين ، ما ساعفته النصوص ؛ وإلا فهو مقيد كذلك باستلزام روح الشريعة ومبادئها وأصولها ومقاصدها ، وفي ذلك مجال — أى مجال ! — للاجتهاد بلاريب ، ومن ثم كان تعدد المذاهب الفقهية واختلافها .

هذا ، في حين أن القانون الوضعي — على اختلافه باختلاف الأمم ، وعلى تعدد مذاهبه وأقسامه — من عمل الإنسان ، ولذلك لا نجد له من القداسة ما نجدّه للتشريع الذي أساسه الوحي الإلهي الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، لأنه تنزيل العليم الحكيم . **التمهيد لإحكام**

١٩٥ — ولا تتحقق الغاية المرجوة من القانون بحسن وضعه وإحكامه فحسب ، وإنما تتحقق ، مع ذلك ، بتنفيذه بمن شرّع لهم ، على أن يكون هذا التنفيذ يوازع من أنفسهم وقلوبهم . وهذا الوازع يحىء من إيمانهم بعدالة القانون ،

ورضاهم به ، واعتقادهم المثوبة من المشرّع على النزول راضين على تشريعاته وأحكامه .
وقد لحظ شيئاً من هذا ، فيما قبل التاريخ الميلادى ، عظيم من عظماء فلاسفة
اليونان وهو أفلاطون المتوفى عام ٣٤٧ ق م . فإن الذى درس كتابيه الخالدين :
« الجمهورية » و « القوانين » يتبين أنه كان حريصاً على التمهيد لكل من تشريعاته
التي أراد أن يقيم عليها دولته « La Cité » الفاضلة المثالية ، بما يجعلها مقبولة ومرضيا
عنها من أهل هذه الدولة أو الجمهورية التي أرادها لبنى وطنه ، والتي لم يتمكن
بكل أسف من تنفيذها .

١٩٦ — أما التشريعات الإسلامية كما نعرفها من القرآن والسنة النبوية ،
فإنها بلغت السكّال من ذلك كله ، إذ قامت جميعها على اعتبارات من الدين
والأخلاق تجعلها تبلغ غاية الرضى والإيمان ممن وُجّهت إليهم من المؤمنين بها جميعاً ،
لا فرق بين المسلمين وغير المسلمين ، وحسبنا أن نشير من ذلك إلى ما يأتى :

١٩٧ — (١) للجار على جاره حقوق وعليه له واجبات ، وهى ما تعرف
فى الفقه بحقوق الجوار التي سيجىء بحثها فى القسم الثانى من هذا الكتاب . وهذه
الحقوق ربما لا يرضى من هى عليه بالتسليم بها ، فيضطر صاحبها لاقتضاها للجوء
المحاكم ، ومن ثمَّ يَجِدُ كثير من المشاكل والحوادث والقضايا التي يفصل فيها
القضاء ، ويكون تنفيذها بعد ذلك بقوة القانون ، على أن هذا لا يمنع من بقاء
الخصومة والعداء بين المتقاضين .

لكن الله العليم الحكيم والمشرّع الوحيد بحق ، والذي يعلم ما طبعته عليه
النفس الإنسانية من أنانية وأثره ، يؤكد حق الجار على جاره إلى درجة أنه قرنه
بالأمر بعبادة الله وعدم الشرك به ، فقال : واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً ،
وبالوالدين إحساناً ، وبذى القربى واليتامى والمساكين ، والجار ذى القربى
والجار الجنب^(١) .

ولذلك ، نجد الرسول يتناول هذا المعنى فيؤكد في أحاديث كثيرة نذكر منها قوله : « مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » ؛ وقوله : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره » ، « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره »^(١) .

فمتى جاء الفقهاء بعد هذا ، وبينوا هذه الحقوق التي للجار ، لايسع من يؤمن حقاً بالله وكتابه ورسوله إلا المسارعة بأداء هذه الحقوق ، مادام الدين يبلغ من ذلك إلى حدّ الأمر بإكرام الجار لا بإعطائه حقوقه فحسب . وحينئذ ، ما الحاجة للقضاء والقانون ، إلا لمعالجة من لم يخالط الإيمان قلوبهم وفطرت نفوسهم على الشح ومنع الناس حقوقهم !

١٩٨ — ب) وفي الزكاة ، وهي الصدقة المفروضة على ما يملك الإنسان من الأموال النقدية والزروع والأنعام ، نجد القرآن يغرس في نفس المؤمن به أن أداء هذه الزكاة ، بل التصديق المندوب إليه بشيء مما يملك ، خير للمتصدق نفسه ، فيقول : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكّيهم بها »^(٢) .

ثم نجد ، بعد القرآن ، أحاديث كثيرة في الحث على الصدقة وتخليط عقوبة من لا يؤدي الزكاة وتصوير هذه العقوبة بصور شنيعة^(٣) . وبعد ذلك يؤكد للمتصدق أن الله سيعوضه عما أنفق خيراً كثيراً ، فيقول : « ما من يوم يصبح العباد فيه إلا ملكان ينزلان ، فيقول أحدهما : اللهم ! أعطِ مُتَّقَا خَلْفَا ! ويقول الآخر : اللهم ! أعطِ مُتَمَسِكَا تَلَفَا »^(٤) .

١٩٩ — ح) والذود عن الوطن من مقاصد الإسلام وكل قانون ، ولهذا

(١) انظر التّوّلّو والمرجان ، ١ : ١١ .

(٢) التوبة م ٩ : ١٠٣ .

(٣) انظر ، مثلاً ، التّوّلّو والمرجان ، ١ : ٢٢٧ — ٢٢٨ .

(٤) التّوّلّو والمرجان ، ١ : ٢٣٦ .

كتب الله الجهاد على المسلمين خياداً عن الوطن ودفاعاً عن الدين ونشراً له ، لكنه لم يأمر بذلك أمراً مجرداً فحسب كما يفعل قانون التجنيد عندنا مثلاً .

إن الله يعلم أن أكثر النفوس فطرت على الضنّ بالنفس كما فطرت على الضنّ بالمال ، ولهذا رغب في الجهاد بضروب الترغيب المختلفة ، وبين أنه خير من الدنيا وما فيها ، وأنه لا جزاء له في الآخرة إلا الجنة ، ولكل هذا ونحوه ، جاء كثير من الآيات والأحاديث .

من هذه الآيات ، قوله تعالى : « فليقاتل في سبيل الله الذين يشرون الحياة الدنيا بالآخرة ، ومن يقاتل في سبيل الله فيقتل أو يغلب فسوف نؤتيه أجراً عظيماً^(١) » ، وقوله : « إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة ، يقاتلون في سبيل الله فيقتلون ويقتلون^(٢) » .

وبجانب هذه الآيات ، نجد هذه الأحاديث عن الرسول : (تكفل الله لمن جاهد في سبيله ، لا يخرج منه من بيته إلا الجهاد في سبيله وتصديق بكلماته ، أن يدخله الجنة أو يردّه إلى مسكنه بما نال من أجر أو غنيمة^(٣)) ، « لعدوة في سبيل الله أو روضة خير من الدنيا وما فيها^(٤) » .

٢٠٠ — وكان لهذا المنهج في التمهيد لتشريع الجهاد وتحبيب بذل النفس في سبيل الدين ، أثره الكبير بلا ريب في قلوب المؤمنين . فهذا جابر بن عبد الله يحدث أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد : أرايت إن قتلت ، فأين أنا ؟ قال : في الجنة . فألقى ثمرات في يده ، ثم قاتل حتى قتل^(٥) » .

(١) النساء م ٤ : ٧٤ .

(٢) التوبة م ٩ : ١١١ .

(٣) (٤، ٣) اللؤلؤ والمرجان ، ج ٢ : ٣٠٠ . عكدا ورد في روايات مالك والبخاري والتهائي .

راجع الترغيب والترغيب للحافظ المنذرى ، ج ٢ : ٩٧ طبعة صبيح بالقاهرة .

(٥) اللؤلؤ والمرجان ، ج ٢ ص ٣٠٤ .

هذا ، وقد كان في النية الاتيان بِمَثَلٍ أخرى رأيت بعد البحث والاستقراء أن تطبيق هذه الطريقة — طريقة التمهيد بالدين والأخلاق — ظاهر فيها ، وهذه المثل خاصة بتحريم الربا ، وبتشريع الطلاق والميراث ، والأمر بأداء الشهادة وعدم كتمانها ، ونحو ذلك كله . كانت النية على هذا ، ولكن رأيت الاكتفاء بما ذكرت رغبة في الإيجاز ، مادام في المثل التي جئنا بها ما يفي بتأكيد هذه الخاصة للتشريع أو الفقه الإسلامي .

٢٠١ — وهذه خاصة أخرى تتصل شديد الاتصال بسابقتها ، حتى تكاد تكون ملازمة لها . ذلك بأن القانون يمكن أن يُعرَّفَ « بأنه مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية ، والتي تفسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء^(١) » ، ومن هذا التعريف ، يتبين أن خصائص القانون ثلاثاً : قاعدة ، تنظيم الروابط الاجتماعية ، ويصحبها جزاء . إلا أن هذا الجزاء يكون دينوياً دائماً ، لأن واضع القانون لا يملك طبعاً من أمر الآخرة شيئاً ؛ ومن ثم ، لا جناح على من يستطيع الإفلات من هذا الجزاء^(٢) .

كما أن القانون ، بجانب هذا ، ليس له إلا غاية نفعية ، نعى العمل على حفظ النظام واستقرار المجتمع ، وقد يؤدي ذلك أحياناً إلى عدم رعاية بعض ما يأمر به الدين والأخلاق ، ومن مثل ذلك إباحته وتنظيمه — هكذا يزعمون ! — غير قليل من الأمور التي لا يبيحها دين أو خلق ، كالزنا ، شرب الخمر ، القمار في بعض صورته^(٣) .

٢٠٢ — أما القانون السماوي ، وهو في أسنى صورته الفقه الإسلامي ، فعل غير ذلك كله . إنه يثيب ويعاقب في هذه الحياة وفي الدار الآخرة أيضاً ، والجزاء

(١) أصول الأصوليين للأستاذين الدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، ص ١٣ .

(٢) المرجع نفسه ص ١٦ .

(٣) تم بفضل الله إلغاء البغاء رسمياً في مصر منذ سنوات ، على أثر جهاد طويل من أحد كبار رجال الأزهر ، وهو أستاذنا المرحوم الشيخ محمود أبو العيون .

الأخروي أعظم دائماً من الجزاء الدنيوي ، ومن أجل ذلك ، يحس المؤمن بوازع
نفسى قوى بضرورة العمل بأحكامه واتباع أوامره ونواهيه ، ولو أمكنه التفلت من
الجزاء فى هذه الحياة الدنيا ، وليس كهذا باعثاً على اتباع التشريعات التى تستند إلى
كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

والتشريع الذى يستند إلى الدين هكذا ، يقصد صلاح الفرد والمجتمع ، وهذه
غاية نفعية بلا ريب . بيد أنه يريد بناء مجتمع مثالى نقى مما ينافى الدين والأخلاق ،
ولذلك لا يمكن أن يقر شيئاً ينافى شيئاً منهما . كما أنه لا يقصد فقط إلى بناء مجتمع
سليم ، بل إلى سعادة الفرد والمجتمع والبشرية كلها فى هذه الدار وفى الدار الأخرى
أيضاً . كما يهدف كذلك إلى إحسان قيام الإنسان بواجبه نحو نفسه وإخوانه
فى الإنسانية ، ونحو الله تعالى بعبادته حق عبادته .

نزعنا الضمير الجماعية
٢٠٣ — قلنا بأن التشريع الإسلامى يرمى إلى صلاح الفرد والمجتمع ، فالنزعة
السائدة فيه هى النزعة الجماعية ، ونقول « جماعية » ، لا « اشتراكية » ؛ لأن هذه
الكلمة أخذت فى هذه الأيام معنى خاصة حددها أو قصرها على الناحية المالية ،
ونحن نريد « بالجماعية » معنى أوسع يتناول الناحية المالية وغيرها حتى ليُعمَ الحقوق
والواجبات جميعاً .

وهذه النزعة ، أو الطابع الجماعى للفقهاء الإسلامى نجده واضحاً فيما جاء به الإسلام
من عبادات كما هو واضح فيما أتى من أحكام المعاملات التى نراها فى الحياة العملية
فكل هذه التشريعات فى هاتين الناحيتين ، تهدف إلى تهذيب الفرد وصلاحه
والصالح العام للمجتمع بأسره ، والمثل لذلك واضحة نذكرها وتكفيها فيها الإشارة .

نشير ، مثلاً ، إلى حكمة شرعية الصلاة والصوم والزكاة والحج ، وحل البيع
وتحريم الربا ، والأمر برعاية الجار والوفاء بالعقود ، وتحليل الزواج لإنشاء الأسرة
وتحريم الزنا ، وإقامة الحدود صيانة للمجتمع ، إلى آخر ما نعرف من الأحكام التى
جاءت بالأمر والنهى والحل والحرم .

وبعد هذا التعميم لا بد من التخصيص ، وذلك بالإتيان ببعض المثل المحددة الواضحة الدلالة على ما نقول ، أى على أن الطابع العام للفقه الإسلامى هو الطابع الجماعى .

٢٠٤ — (أ) من حق الزوج أن تكون زوجته فى طاعته ؛ لتكون سكناءه ، وليشمر الزواج ثمراته المنشودة منه ، ولكن هذا الحق مقيد ألا يكون فى استعماله ضرر للزوجة ، وإلا منع منه أو حذّ القاضى من استعماله ، حتى ليكون للزوجة فى بعض حالات الضرر طلب التطلاق منه . ومن ثم ، يقول الله تعالى : « فأمسكوهن معروف أو سرحوهن معروف ، ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا^(١) » ، وهذا الأمر وإن جاء حالة التطلاق الرجعى ، إلا أنه القاعدة حالة قيام الزوجية أيضاً .

٢٠٥ — (ب) من حق الحكام أن تسمع لهم الرعية ويطيعهم الشعب ، ولكن ذلك مشروط بأن يصدروا فى حكمهم وسياستهم للأمة عن المصلحة العامة ، وفى هذا نرى الرسول يقول : « السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وأكره ، ما لم يؤمر بمعصية ، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة^(٢) » وهو ، كما نرى ، أصل من أصول الحكم له خطره الكبير . إذ أنه يحدد فى دقة تامة سلطان الحاكم وحقوق المحكوم ، وفى اتباعه مصلحة الأمة جميعاً .

٢٠٦ — (ج) روى أبو عبيدة بن الجراح أن رجلاً من أهل البادية سأله أن يرزقهم من مال الأمة الذى تحت يديه ، فقال : لا ، والله حتى أرزق أهل الحاضرة فمن أراد بحجة الجنة فعليه بالجماعة^{بالحجة} ، وبمثل هذا كتب عمر بن عبد العزيز إلى يزيد ابن الحصين يقول : « مر للجنّد بالفريضة ، وعليك بأهل الحاضرة ، وإياك والأعراب فإنهم لا يحضرون محاضر المسلمين ولا يشهدون كشاهدهم » .

وهنا يقول راوى هذين الخبرين ، أبو عبيد القاسم بن سلام المتوفى

(١) سورة البقرة م ٢ : ٢٣١

(٢) رقم ٤٦٦٨ من مسند الإمام أحمد ، طبعة الأستاذ الشيخ أحمد شاكر .

عام ٢٢٤ هـ^(١) . بأنه ليس وجه هذا أنهم لم يكونوا يرون لأهل البادية حقاً في الفبي .
ولسكنهم أرادوا أنه لا فريضة لهم راتبة تجرى عليهم من المال كأهل الحاضرة ،
الذين يجامعون المسلمين على أمورهم ، ويعينونهم على عدوهم بالنفس أو المال ، مع
معونتهم على إقامة الحدود وحضور الأعياد والجمع وتعليم الخير . أما أهل البادية ،
فلهم على الأمة المعونة في أوقات الشدة ، كما إذا أصابتهم جائحة في أرزاقهم
أو دهمهم عدو .

٢٠٧ — د) يروى الإمام أبو يوسف^(٢) أنه لما فتح الله العراق والشام
على المسلمين أيام عمر بن الخطاب ، أراد فريق كبير من الصحابة قسمة الأرض
وما عليها بين أصحاب الحق من المسلمين الفاتحين ، لكن الفاروق رأى أن يترك
الأرض بيد ملاكها على أن يدفعوا الخراج والجزية للمصلحة العامة للمسلمين جميعاً ،
وكان هذا الرأي توفيقاً من الله لعمر بن الخطاب كما عوّده في كثير من الحالات .

٢٠٨ — ومن المعروف أن للمالك الحق في أن يتصرف في ملكه كما يشاء .
ومن ذلك حق البيع لمن يريد ، كما أن للمشتري الحق في شراء ما شاء إذا رضى
مالكه ببيعه له . ومع ذلك ، قاله الفقه الإسلامي أوجب حق الشفعة للشريك أو الجار
على ما هو معروف ، فيكون له تملك ما اشتراه الأجنبي جبراً عنه وعن المالك
الذي باعه له ، وذلك لأن الحقوق لم يشرعها الله لضرر الغير بلا ضرورة أو سبب .

إن الفقه الإسلامي يحفظ الحق لصاحبه بلا ريب ، ويبيح له استعماله
كما يريد ، ويحميه له من اعتداء الغير . ولكن بجانب ذلك كله ، يعمل التشريع
الإسلامي ، من ناحية أخرى ، على ألا يضار الغير باستعمال صاحب الحق حقه ضرراً
يكون أكبر من ضرر الحدة من حرية صاحب الحق ، وذلك تطبيقاً لقاعدة :
لا ضرر ولا ضرار ، ودفعاً لأكبر الضررين بالأخف منهما . فهذه القاعدة تحكم
استعمال الحقوق ، وفي تطبيقها تحقيق صالح صاحب الحق وصالح الغير معاً .

(١) كتاب الأموال ، ص ٢٢٧ — ٢٢٨ .

(٢) كتاب الخراج ، ص ١٤ — ١٥ .

٢٠٩ — و) وكذلك تطبيقاً لهذه القاعدة ، يبيح التشريع السماوي للغير أحياناً أن يحفر في أرض غيره مجرى ماء ليروى أرضه البعيدة عن مصدر الماء . لقد روى يحيى بن آدم القرشي^(١) أنه كان للضحاك بن خليفة الأنصاري أرض لا يصل إليها الماء إلا إذا مرّ بستان لمحمد بن مسلمة ، فأبى محمد هذا أن يدع الماء يمر بأرضه ، فأتى الضحاك عمر بن الخطاب ، فقال لابن مسلمة : أعليك فيه ضرر ؟ قال : لا ، فقال له : فوالله لو لم أجد له ممراً إلا على بطنك لأمرته ! وكان أن نفذ ما قضى به ، وكان في هذا مصلحة للثنتين معا ؛ فقد جاء ببعض الروايات أن الضحاك ، حين أبى عليه مسلمة أن يحفر الخليج بأرضه ، قال له : تشرب منه أولاً وآخرًا .

تلك المثل ، ولو شئنا لآتيننا بأخرى كثيرة ، فيها الكفاية لإثبات الطابع الجماعي للفقهاء الإسلامى ، هذا الطابع الذى نجد فى القرآن وسنة الرسول وأحكام وآراء الجلالة من الصحابة المصدر الأصيل له . وذلك ، كما قلنا ، لأن الشريعة الإسلامية لم تأت لصالح الفرد وحده ، بل لصالح المجتمع كله فى أكبر حدوده .

٢١٠ — أما القوانين التى هى من صنع البشر ، فلم تلاحظ فى أول أمرها هذه النظرة الجماعية أو الاجتماعية السامية ، بل كانت تسودها الروح الفردية ، ولناخذ مثلاً ذلك القانون المدنى الفرنسى الذى صدر عام ١٨٠٤ م . فقد كان هذا القانون وليد الثورة الفرنسية التى كان هدفها الأول تحرير الفرد عما كان ينوء به من قيود وأثقال ، فى السياسة والقانون والاقتصاد وغير ذلك كله من نواحي الحياة العامة . فجاءت هذه الثورة عام ١٧٨٩ م لتقرر أن للإنسان ، باعتباره فرداً ، حقوقاً طبيعية بلغت من القداسة ألا يجوز العبث أو المساس بها ، ولو لصالح الغير .

« ومن ثم ، ساد هذا القانون روح فردى قوى يلتزم مع الروح الذى أُملى إعلان حقوق الإنسان ، وهو تدعيم حقوق الأفراد وحمايتهم ، وينظر إلى الفرد

(١) كتابه الخراج ، ص ١١٠ - ١١٢ .

باعتباره العنصر الأهم في الحياة لا باعتباره جزءاً من كُلتِ هو الجماعة ولقد كان من نتائج ذلك ، أن أنى وقت اعتبرت فيه الحقوق مطلقة المدى ، وأن صاحب الحق في استعماله سيد لا يسأل عما يترتب على هذا الاستعمال من الأضرار التي تحقيق بغيره^(١) .

٢١١ - ومن الحق ، أن ما حدث بعد عصر الثورة من تطورات اجتماعية واسعة المدى والأهمية ، قد أدى إلى تطور مماثل في القوانين جعلها تنظر إلى الفرد وحقوقه باعتباره عضواً في الجماعة ، ومن ثم أخذت في الحد من حُرّيته في استعمال حقوقه ، فنشأت نظرية سوء استعمال الحقوق «La théorie de l'abus des droits» إلا أنه مع ذلك ، بقي من الثابت الذي لا ريب فيه أن نظرة الشريعة الإسلامية لحقوق الأفراد وتقييدها ، بما يحقق مصلحة الجماعة ولا يضر مصلحة الفرد نفسه صاحب الحق ، أوسع مدى وأبعد أثراً من نظرة القوانين الحديثة في هذه الناحية^(٢) .

٢١٢ - ونعتقد أن هذه التفرقة الواضحة ، بين طابع الشريعة الإلهية وطابع القانون البشرى ، ترجع إلى تفرقة أساسية في أصل حقوق الفرد في الشريعة والقانون . إن القانون في أول أمره ، يعتبر حقوق الفرد حقوقاً طبيعية له ، فهو يملكها ويتصرف فيها حسب ما يرى ، ومن ثم لا حرج عليه ولا تثريب إن أساء استعمالها . أما الشريعة الإلهية فتري أن الفرد نفسه ، وكل ما يعتبر له عادة من حقوق ، ملك لله تعالى وحده ومنحة منه لعبيده ، ولا يمنح ما يمنح من حقوق الأفراد إلا لغرض حكيم هو تحقيق الخير للفرد والمجتمع معاً ، ولذلك نجد تقييد استعمال الحقوق من نواح عديدة مختلفة .

ذلك بأن من المسلّم الذي لا جدال فيه ، « أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح

(١) انظر « مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصرى الحديث » ، للأستاذ الدكتور السيد مصطفى السيد ، ص ٥ .

(٢) مدى استعمال حقوق الزوجية ، ص ٤٣ .

العباد في العاجل والآجل معا . وقد ذهبت المعتزلة إلى أن أحكامه تعالى معللة برعاية مصالح العباد ، وهذا ما اختاره أكثر الفقهاء المتأخرين^(١) . ويترتب منطقياً على ذلك الأساس ، وجوب أن يكون الإنسان في عمله واستعماله لحقوقه متفقاً مع قصد الله من التشريع ، وإلا كان عمله باطلاً لمناقضته للشريعة ومقاصدها .

٢١٣ - كل ضرب من الفقه يجب أن يكون في طبيعته وأدواته وأصوله ما يجعله قابلاً للتطور حسب الزمان والمكان ، ليكون صالحاً للبقاء ، وإلا كان « فقهاً » ميتاً غير صالح للحياة .

والفقه الإسلامي له من كل ما ذكرنا ما جعله خالداً يتطور مع الزمن ، وقد رأينا ، فيما مضى ، بدء هذا التطور وشيئاً ، أنه في زمن الخلفاء الراشدين أنفسهم . ولو أن رجاله قاموا عليه كما يجب ولم يحمداوا على القديم ، لما كانت الأمة الإسلامية بحاجة مطلقاً للجوء للفقه والقوانين الغربية تأخذ منها تشريعاتها وقوانينها . وهكذا صرنا إلى حالة مؤلمة من الأخذ عن الغرب في كل شيء ، حتى كأننا أمة ليس لها مقوماتها الذاتية وتقاليدها الطيبة ، وإن كنا بحمد الله تعالى نرى الآن نجراً جديداً ليوم جديد نعمل فيه لاستقلالنا حتى في التشريع ، وهذا بفضل الالتفات للشرعية الإسلامية والإفادة منها .

٢١٤ - ووسائل تطور الفقه الإسلامي كثيرة ، ولكن أهمها الإجماع ، القياس ، مبدأ المصالح المرسلة ، وجوب رعاية العرف على شروط خاصة . وقد تكلمنا فيما سبق على الثلاثة الأولى ، والآن نتكلم على المبدأ الرابع مكتفين في الحديث عنه بالكلام عن : نشأته وتعريفه ، اعتبار الرسول نفسه له ، شروط اعتباره ، مثل له في أزمنة وأمكنة مختلفة .

٢١٥ - (١) العرف في اللغة التابع ، يقال : جاء القوم عُرْفاً ، أى بعضهم خلف بعض ، ومنه قوله تعالى : « والمرسلات عُرْفاً » . وينشأ العرف عن العادة ،

(١) الموافقات في أصول الأحكام للشاطبي ، طبع منير الدهشقي عام ١٣٤١ هـ ، ٢ : ٢ .

وهي ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة ؛ وذلك لأن اشتقاق كلمة « العادة » ، من المعاودة مرة بعد أخرى ، فإذا تعارفها الناس في بلد أو بلاد عديدة صارت أمراً معروفاً أو عرفاً . وبعض هذه الأمور المتعارفة يرجع إلى دين الأمة ، ومنها ما يرجع إلى تاريخها ، ومنها ما يرجع إلى تقاليدها .

وللعرف على المرء سلطان كبير ، فهو ينزل على أحكامه وإن كان لا يوافق على بعضها ؛ كمن يسرف في أمور الزواج والمآثم استجابة لداعى العرف وهو ساخط إلا أنه يخشى أن تصيبه المعرة إن خرج على ما تعارفه قومه .

وله كذلك سلطانه الكبير على الأمم والحكومات ، فلا تجرؤ على التعديل فيه إلا بقدر ، حذر ما يكون من سلطان العامة وأشباه العامة . ومن المثل الخجلة لنا في هذه الناحية ، باعتبارنا أمة إسلامية ، ما تعارفناه من الاحتمال رسمياً كل عام « بالحمل » والتبرك بالجل ، حتى ليمرؤن مقوده بين أيدي الوزراء والكبراء بين ابتسامات السخرية من كثير من المحتفلين والمدعوين ، برغم زراية الأجانب عن الدين والوطن الذين يذيعون هذا المنظر في بلادهم رغبة في الخط منا ومن ديننا^(١) !

٢١٦ - ب) ولما للعرف من هذا السلطان ، نرى الرسول صلى الله عليه وسلم يقر ما كان حسناً منه وبخاصة في باب المعاملات ، كما في السلم والمضاربة ، وقد تقدم حديث الرسول في السلم . وفي المضاربة يقول فخر الدين الزيلعي : فإنه عليه الصلاة والسلام بُعث والناس يتعاملونها ، فتركهم عليها ، وتعاملها الصحابة رضي الله عنهم . ألا ترى إلى ما يروى أن عباس بن عبد المطلب كان إذا دفع مالا مضاربة شرط عليه [أى على المضارب الذي يعمل في المال تجارة] ألا يسلك به بحراً ، وألا ينزل وادياً ، ولا يشتري ذات كبد رطب ، فإن فعل ذلك ضمن . فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ذلك فاستحسنه^(٢) .

(١) اقتباس من كتابنا : مباحث في فلسفة الأخلاق ، الطبعة الثانية سنة ١٩٤٨ ص ١٥٦ ، ويسرنا أن الحكومة قررت هذا العام (١٩٥٢ م) منع الاحتفال به على هذه الصورة المؤلة .

(٢) الزيلعي ، ح : ٥٢ : ٥٣ .

٢١٧- -) ولأهمية العرف في الفقه ، نرى الفقهاء يعنون ببحثه ، وبيان ما يجب فيه من الشروط للأخذ به . ومن أهم هذه الشروط ، على الاختلاف في بعضها ، ألا يخالف دليلاً أو أصلاً من أصول الشريعة ، وأن يكون عاماً إلى درجة معقولة بأن يكون عرف بلد على الأقل من البلاد الإسلامية ، وإن كان بعضهم شرط عمومهم في البلاد الإسلامية جميعاً .

ولرعاية الشرط الأول ، لا عبرة مطلقاً بتعارف الناس جميعاً ، ولو في البلاد الإسلامية ، أمراً مخالفاً لشريعة الله ؛ مثل التعامل بالربا ، ولبس الرجال الحرير والذهب ، وشرب الخمر ، ولعب الميسر على تنوع ضروبه . وفيما سوى ذلك فله اعتباره وبناء الأحكام عليه ، تحقيقاً لمصلحة الناس ، والمثل لهذا كثيرة في نظمنا الاجتماعية والاقتصادية والسياسية .

وفيما يختص بالشرط الثاني ، نرى كثيراً من الفقهاء يذهبون إلى أن العرف لا اعتبار له إن خالف الدليل الشرعي من كل وجه ، كتعارف ما هو محرم مثل شرب الخمر ؛ وإن لم يخالفه من كل وجه ، بأن ورد الدليل عاماً فخالفه في بعض أفرادهِ أو كان الدليل قياساً ، فإن العرف معتبر إن كان عاماً في كل بلد - كمسائل الاستصناع - يصلح مخصصاً للحديث^(١) ، كما يترك به القياس ، وإن كان خاصاً ببلد دون آخر فإنه لا يعتبر^(٢) .

على أن من الفقهاء من ذهب إلى أن العرف له قيمته في بناء الحكم عليه ، حتى إن كان خاصاً ببلد دون آخر ، وحينئذ يثبت حكمه في هذا البلد الذي تعارفه ، لا في البلاد الأخرى التي لم تجر عليه^(٣) . ونعتقد أن هذا هو الرأي الذي يجب

(١) كما في التعارف على نسج الغزل قماشاً ويكون للنساج ثلثه ، مع نهى الرسول عن بيع وشروط ؛ لأن الحديث معلول بوقوع النزاع ، والعرف ينفي النزاع . رسالة نشر العرف في بناء الأحكام على العرف من مجموعة رسائل ابن عابدين ، ٢ : ١٢١ .

(٢) الرسالة المذكورة ، ٢ : ١١٦ ، ١١٨ .

(٣) رسائل ابن عابدين ، ٢ : ١١٦ ، ١٣٢ .

اتباعه ؛ لأن لكل بلد عاداته وأعرافه ، والدين يُسر لا عُسر ، فلا معنى لعدم اعتبار مثل هذا العرف الخاص الذي لا يصدم نصاً من نصوص الشريعة .

٢١٨ -- وإذا كان العرف ، عاماً أو خاصاً على الخلاف ، يميز تخصيص الأثر أو الحديث ويُترك من أجله القياس ، فبالأولى يترك من أجله أقوال الفقهاء وإن كانوا من أئمة المذهب . لأن هؤلاء الفقهاء يفتون في كثير من أحكامهم بحسب عرف أهل زمانهم ، بحيث لو كان هذا الفقيه أو ذاك في زمن العرف الحادث لقال بخلاف ما قال أولاً ، ولذلك نرى مشايخ المذهب كثيراً ما يذهبون إلى خلاف ما نص عليه المجتهد^(١) .

ومن هذا ، الفتوى أخيراً بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان وإمامة الناس ونحو ذلك ، على خلاف ما اتفق عليه الإمام أبو حنيفة وصاحباؤه ؛ لانقطاع إعطيات من كانوا يلون هذه الأعمال في الصدر الأول ، وخوف ضياع القرآن والدين لو لم يأخذ من يقوم بهذه الأعمال أجراً عليها^(٢) .

٢١٩-د) وبناء الأحكام الفقهية على العرف ، في البيئات المختلفة زماناً ومكاناً مُثلٌ كثيرة لا يستطيع الباحث حصرها^(٣) . وقد ذكرنا فيما سبق بعض هذه المثل ، والآن نشير إلى بعض آخر منها .

من ذلك : جواز بيع الثمار والخضر على الأشجار والأصول ولم تكن ظهرت كلها وقت عقد البيع ، فقد أجازوه بعض العلماء للعرف . عدم جواز اتجار الوصي بمال اليتيم في هذا الزمن ، لفساده بفساد أهله . منع النساء من حضور المساجد لصلاة

(١) ولهذا ، لا بد للمجتهد والمفتي من معرفة عادات الناس وأعرافهم في زمنه ، تيسيراً عليهم .

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين ، ج ٢ : ١٢٥ : ١٢٦ .

(٣) انظر مجموعة رسائل ابن عابدين ، ج ٢ : ١٢٦ وما بعدها ؛ إعلام الموقعين لابن القيم ، ج ٣ ، ص ١ وما بعدها ، حيث عقد فصلاً جعل عنوانه : تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنبات والعوائد ، وقال في أوله : هذا فصل عظيم النفع جداً ، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف مالا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة ، التي في أعلى رتب المصالح ، لا تأتي به

الجماعة للسبب السابق نفسه ، وكان ذلك مباحاً أيام الرسول . مسائل أخرى كثيرة في الإقرار والأيمان والنذور والزواج وغيرها^(١) .

وأخيراً ، نرى مما تقدم مقدار صلاحية الفقه الإسلامى للتطور إلى الخير دائماً بوسائله الخاصة ، حسب الزمان والمكان وما يتجدد من الأحوال والعادات والأعراف وأن من وسائل هذا التطور رعاية العرف ، وأن كتب الفقه مائة بالأدلة على هذا التطور وبالمثل لبناء الأحكام على الأعراف المتجددة^(٢) . ولذلك لا يصح لنا في هذه النهضة التشريعية أن نغلّ أيدينا وعقولنا عن الاستفادة من هذا الفقه ، بجمودنا على القديم وحده ، دون مسايرة الزمن الذى يتطور دائماً ، مادامنا لا نخرج عن مقاصد الشرع وأصوله الصحيحة .

غاية المقصد

٢٢٠ - وبعد اهل تأثر الفقه الإسلامى بالقانون الرومانى ؟ هذا القانون الذى التقى به الإسلام فى كثير من البلاد التى فتحها وبخاصة بالشام والعراق ، مادامنا قد رأينا بناء كثير من الأحكام الفقهية على الأعراف ، وقد كان لهذه البلاد أعرافها وقوانينها بلا ريب .

قال بهذا التأثير بعض المستشرقين الذين كتبوا فى العقلية العربية وخصائصها ، وأسسها التى قامت عليها ، وما نالها من تأثيرات مختلفة . وقد أخذ بعض الكتاب العرب والمسلمين بإخذ هؤلاء المستشرقين فى كثير مما ذهبوا إليه ، عن تقليد لهم تارة واقتناع ذاتى تارة أخرى . على أن أحداً منهم لم يغفل ، كما غلا بعض المستشرقين إلى درجة جعل القانون الرومانى مصدراً من مصادر الفقه الإسلامى ، وذلك عن غير بينة أو دليل ، بل عن عدم فهم للفقه نفسه وأصوله .

٢٢١ - ومن أولئك المستشرقين الذين قالوا بالتأثر إلى حد كبير ،

(١) انظر أى كتاب فقهى فى هذه الأبواب ؛ إعلام الموقعين ، ٣ : ٣ ، وما بعدها ، ٧٠ - ٧١ .

(٢) انظر شرح القانون المدنى الجديد للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ، ص ٨٩ فى الهامش ، فيه صفحة طيبة عن تطور الفقه الحنفى فى نظرية التزامات الجوار .

« جُولْتَسِيَهْر »^(١) الألماني و « دي بور » الهولندي الذي يقول : « بعد أن فتح المسلمون بلاداً ذات مدنيات قديمة ، نشأت حاجات لم يكن للإسلام بها عهد وحلت محل شئون الحياة العربية البسيطة عادات وأنظمة لم يرشد الشرع إرشاداً دقيقاً إلى وجه الحق فيها ، ولم يرد في السنة بالنص ولا بالتأويل ما يبين الطريق إلى معالجتها ثم أخذ عدد الوقائع الجزئية يزداد كل يوم ، وهي وقائع لم ترد فيها نصوص ولم يكن للمسلمين بدٌّ من الحكم فيها ؛ إما بما يتفق مع العرف ، وإما بما يهديهم إليه إدراكهم لمعنى الخير . ولا بد أن يكون القانون الروماني قد ظل زمناً طويلاً يؤثر تأثيراً كبيراً في هذا الاتجاه في الشام والعراق ، وهما من ولايات الإمبراطورية الرومانية القديمة^(٢) . ومن الذين غلوا غلوّاً كبيراً في هذه الناحية ، إلى درجة تدعو إلى الاستخفاف والزراية بآرائهم المجردة من الدليل العلمي الصحيح الذي يتطلبه هذا البحث التاريخي المستشرق « آموس - Amos » الذي زعم « بأن الشرع الحمدي ليس إلا القانون الروماني للإمبراطورية الشرقية ، معدلاً وفق الأحوال السياسية في الممتلكات العربية »^(٣) .

٢٢٢ - إن أصحاب هذا الرأي لا يستندون إلا إلى ما رأوه من التشابه بين بعض أحكام الفقه الإسلامي والقانون الروماني ، ثم إلى ما يحدثه بلا ريب التقاء الحضارات والعادات والأعراف القانونية بعضها في بعض ولكن هل مجرد هذا التشابه إن كان موجوداً حقيقة ، يدل على التأثير الذي يزعمون ، بل على أن الفقه الإسلامي ليس إلا القانون الروماني مع شيء من التعديل هنا وهناك كما يزعم « آموس » في جراءة عجيبية على الحق والتاريخ ؟

(١) راجع العقيدة والشرعية في الإسلام ، ترجمنا مع آخرين ونشر دار الكاتب المصري سنة ١٩٤٦ م ، ص ٣٩ ، وقد أبدى هذا الرأي في كتابات أخرى له .

(٢) تاريخ الفلسفة في الإسلام ، ترجمة الدكتور عبد الهادي أبو ريده ونشر لجنة التأليف والترجمة والنشر عام ١٩٣٨ م ، ص ٤٢ .

(٣) انظر ص ٤١٥ من كتابه Raman Civil Law ، خلا عن فلسفة التشريع في الإسلام للدكتور صبحي محصاني ص ٢٢٢ .

وإن هذا « التشابه » في الأحكام القانونية ، أو في غير ذلك من النظم المختلفة أمر طبيعي بين الأمم جميعاً ، لا فرق بين المسلمين والرومان أو غيرهم من الأمم والشعوب المختلفة ، ونجده ماثلاً واضحاً في الفلسفة ومناحي التفكير عامة . ولا نستطيع لجرد هذا التشابه ، الزعم بأن هذه الأمة هي التي أخذت عن تلك وليس العكس ، بل قد يكون مرجعه إلى ما نعرف من أن العقل الإنساني السليم يتشابه في كثير من ألوان التفكير ، دون حاجة لتفسير هذا « الشبه » بالأخذ والتقليد ، وكل هذه أمور بديهية لا تحتاج في فهمها وتسليمها إلى عناء من التفكير^(١) .

٢٢٣ — وبعد ذلك ، هل عرف المسلمون القانون الروماني ، كما عرفوا فلسفة اليونان ؟ الجواب بالنفي بلا ريب ؛ فإن المسلمين نقلوا للعربية فلسفة اليونان ، وأفادوا منها ، وهم يفخرون بذلك وبجهودهم الفلسفية التي أضافوا إلى جهود فلاسفة اليونان وغيروا بها غير قليل من نظرياتهم وآرائهم الفلسفية ، وقد فعلوا هذا لحاجتهم إلى تلك الفلسفة .

أما في ناحية القانون ، فلم يحسوا أى حاجة للأخذ عن غيرهم ، لأن لديهم من كتاب الله وسنة رسوله ما يغنيهم عن الاستعانة بغيرهم في هذه السبيل . ولو كان الأمر على غير هذا ، لحفظ لنا التاريخ كتاباً واحداً أو رسالة واحدة نقلوه إلى العربية من قانون الرومان كما نقلوا كثيراً من تراث الفرس الأدبي والعلمي بجانب تراث اليونان . بل ، لعل التشريع الروماني قد أفاد من الفقه الإسلامي ، فيما زيد عليه أيام النهضة الأوروبية ، عن طريق الثقافة والعلوم الإسلامية التي كانت من عوامل هذه النهضة كما هو معروف ، وقد يستطيع الباحث الدقيق أن يجد لهذا التأثير مثلاً غير قليلة^(٢) . وأخيراً ، نستطيع أن نقرر بأن الاتصال المسلمين بغيرهم من الأمم المختلفة في البلاد

(١) وانظر الأستاذ الدكتور شفيق شحاته ، إذ يقول : « وتعتبر نظرية التزامات الجوار في الفقه الحنفي من أبرز الأدلة على قابلية الفقه الإسلامي للتطور مع حاجات المجتمع ، بوسائله الخاصة وبدون أن يتأثر بمؤثرات خارجية » . شرح القانون المدني ، ص ٨٩ آخر الهامش .

(٢) فلسفة التشريع في الإسلام ، ص ٢٢٩ — ٢٣٠ .

التي فتحوها ، كان له أثره بلاريب حين وجدوا أنفسهم في محيطات جديدة لها عاداتها وتقاليدها وأعرافها إلا أن هذا الأثر لا يعدوا أن يكون إثارة كثير من الوقائع والمشاكل أمامهم ، وكان أن أخذوا في حل هذه المشاكل وإيجاد أحكام لهذه الوقائع مستندين دائماً إلى تشريعهم الأصيل وأصوله الصحيحة ، هذا التشريع وتلك الأصول التي تتسع بالتطبيقات والتفاريح لكل الحوادث والجزئيات التي تختلف وتتجدد باختلاف الزمان والمكان .

٧ - الغرض من دراسة الفقه الإسلامي

٢٢٤ - الشريعة الإسلامية ، والفقه أحد أقسامها الكبرى ، صالحة لكل زمان ومكان . هذه قضية صحيحة بلاريب ، ويلهج بها إخواني الأفاضل من علماء الأزهر وأبنائه ، بل يلهج بها المسلمون جميعاً . ولكني لست من الذين يكتفون بإرسال القضايا وإن كانت صحيحة ، بل أرى فرضاً علينا أن نبين صحة هذه القضية التي أصبحت جزءاً من عقيدتنا الدينية ، وأن نعمل على دعمها بالبرهان والدليل .

ولا يكون هذا بمحاولة إيجاد ضروب من المشابهة « Analogie » بين بعض النظريات والآراء في القانون والفقه الإسلامي ، ولا بتبني كثير من التشريعات الرسمية في القانون المدني وغيره من فروع القانون . إنما يكون ذلك ، بالعمل على إنشاء قانون من هذا الفقه ؛ قانون له طابعه الخاص ومبادئه وأصوله الخاصة ، ويكون محققاً لحاجات العصر وحالاً لمشاكله العديدة المختلفة .

٢٢٥ - إذا ، فلنكف عن تردد « صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان » ؛ فقد عرف علماء القانون في الغرب لهذه الشريعة قدرها ، وأقروا في بعض مؤتمراتهم القانونية صلاحيتها لتكون أساساً للتشريع ، ومن هذه المؤتمرات مؤتمر القانون المقارن الذي عقد في « لاهاي » في أغسطس عام ١٩٣٨ ، وكان من قراراته :

(ا) اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع .

(ب) اعتبارها حية صالحة للتطور .

(ج) اعتبارها قائمة بذاتها غير مأخوذة عن غيرها .

٢٢٦ - وبعد ذلك ، علينا واجب خطير لنصل إلى الغاية التي نريد ، وهي جعل فقهاء الإسلام المصدر الأول الرسمي لتشريعنا الحديث ، هذه الغاية التي يعتبر بلوغها أمنية كل مسلم محب لدينه وقوميته ووطنه الذي يجب أن يكون مستقلاً في كل شيء وفي التشريع بمخاصة .

إن علينا بيان هذا الفقه في مراجعه الأولى الأصلية ، وهذا لا يتأتى إلا بنشر هذه المراجع نشرأ علمياً ييسرها للراغبين والباحثين ثم ، بعد ذلك ، نشر أمهات الكتب الفقهية الأخرى التي جاءت في العصور التالية قبل إقفال باب الاجتهاد . ولا تقتصر من ذلك على مذهب واحد ، ولا على المذاهب الأربعة المعروفة ، بل علينا أيضاً عرض المذاهب الأخرى كمذهب الزيدية والإمامية من مذاهب الشيعة ، والمذهب الظاهري . ففي هذه المذاهب الأخرى كنوز من الثروة الفقهية ، وفيها ، وقد أشرنا إلى بعض ذلك فيما سبق ، كثير مما ينفعنا في نهضتنا الاجتماعية والتشريعية .

٢٢٧ - ومتى تم لنا معرفة هذه المذاهب المختلفة ، علينا دراستها على نحو جديد غير النحو الذي يدرس عليه الفقه في الأزهر ، نعى الدراسة المقارنة ؛ بينها ، وبين بعضها وبعض من ناحية ، وبينها وبين القوانين الحديثة من ناحية أخرى . فإن فضل الدراسة المقارنة في كل نواحي المعرفة فضل معروف غير منكور ، كما ذكرنا في مقدمة هذا الكتاب .

وقد أدرك ذلك كله من قبل الأستاذ الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، لهذا نجده يقول : « فإذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا ، وأن نُفَرِّغَهُ في جو مصري يشب فيه على قدم مصرية وينمو بمقومات ذاتية ، بقي علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة

فخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية ، وتؤدي قسطاً مما تفرضه علينا الإنسانية ضريبة في سبيل تقدم الفقه العالمى ، أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن . ومن أهم الوسائل فى الوصول إلى ذلك ، العناية بالشريعة الإسلامية شريعة الشرق ووحى إلهامه وعصارة أذهان مفكريه ، نبتت فى صحرائه وترعرعت فى سهوله ووديانه ، فهى قبس من روح الشرق ، ومشكاة من نور الإسلام ، يلتقى عندها الشرق والإسلام ؛ فيضىء ذلك بنور هذا ، ويسرى فى هذا روح ذاك ، حتى ليمتزجان ويصيران شيئاً واحداً . هذه هى الشريعة الإسلامية ، لو وطئت أكنافها ، وعبدت سُبُلها ، لكان لنا فى هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال فى فقهاءنا وفى قضائنا وفى تشريعنا ، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد فنضىء به جانباً من جوانب الثقافة العالمية فى القانون^(١) .

٢٢٨ — وبعد هذه الكلمة الطيبة الدقيقة ، نرى كاتبها الأستاذ الكبير يعمل فى القانون المدنى الجديد على الإفادة حقاً من الفقه الإسلامى ، فيأخذ عنه كثيراً من أحكامه فى نواح مختلفة^(٢) ؛ وبهذا صار من المصادر الرسمية للقانون ، وإن كان لم يأخذ مكانه الجدير به بعد . ثم ، نراه يقول بعد ذلك : « أما جعل الشريعة الإسلامية هى الأساس الأول الذى يُبنى عليه تشريعنا المدنى ، فلا يزال أمنية من أعز الأمنى التى تخرج بها الصدور وتنطوى عليها الجوانح . ولكن ، قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ، ينبغى أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية فى ضوء القانون المقارن ، ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامى مصدراً من المصادر الرسمية للقانون الجديد ما يعاون على قيام هذه النهضة^(٣) » .

(١) من السكامة الافتتاحية لكتاب : النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول « فى نظرية العقد » ، ص : و .

(٢) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ص ٤٥ — ٤٧ .

(٣) الوسيط ، ص ٤٨ فى الهامش .

وحين يحين الوقت الذى يمكن فيه جعل الفقه الإسلامى هو المصدر الرسمى الأول عندنا للقانون ، ونرجو أن يكون ذلك قريباً بفضل الله تعالى ، علينا أن نعمل على تقنينه أو تدوينه^(١) فى مواد تتضمن خير الأحكام التى توافق العصر ، حتى لا يضل الباحث بين الآراء المختلفة فى مراجعته وكتبه التى لا يكاد يحصرها العاد

٢٢٩ - وقديماً ، قبل أن ينشأ هذا السيل من الكتب والمؤلفات فى الفقه ، حاول بعض رجالات الإسلام شيئاً قريباً من هذا العمل . فقد علمنا مما سبق محاولة الخليفة المنصور العباسى ، وغيره ممن جاءوا بعده ، حمل الناس على موطأ الإمام مالك ابن أنس . ثم تكررت هذه المحاولات فى غير نجاح ، حتى رأينا أخيراً « المجلة » التى أنشأتها الدولة التركية ، وقامت بها جماعة من كبار رجال الفقه الإسلامى ، وصارت هى القانون الرسمى^(٢) .

وأخيراً ، رأينا المجهود الكبير الذى قام به فى هذه السبيل المرحوم قدرى باشا ، وكانت نتيجة الطيبة كتبه المروفة المشهورة . ومن بعده نادى كثير من العلماء الفقهاء بوجوب هذا التقنين أو التدوين ، ومن بينهم الفقيه الكبير المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم .

أما بعد ! فهذه الكلمة اتهمنا بحمد الله من الكتاب الأول ، وهو « المدخل » الذى طال أكثر مما قدّرنا له ، وعسى أن يكون فيه من الفائدة ما يكافئ ما لقينا فيه من تعب وبذلنا من جهد نحتسبه عند الله ، والآن نأخذ فى الكلام على الكتاب الثانى .

(١) وضع المجمع اللغوى كلمة « تدوين » ترجمة لكلمة « Codification » الفرنسية التى كانت تترجم بكلمة تقنين . وقد آثرنا استعمال الكلمتين معا حتى لا يلتبس التدوين المراد هنا ، بالتدوين الذى عرف سابقا للعلوم الإسلامية .

(٢) انظر الطبعة الأولى منها ، وقد صدرت بالآستانة عام ١٢٩٧ هـ ، وهى تحتوى على ١٨٥١ مادة شملت أبواب المعاملات كلها . وقد صدرت بمقتلين فى تعريف علم الفقه وأقسامه ، وفى بيان القواعد الفقهية الهامة ، ومن هذه القواعد نعرف الأصول التى قامت عليها الفروع والتطبيقات .

القسم الثاني

الأموال

المال

تعريفه :

٢٣٠ — خلق الإنسان على نحو لا يستطيع به أن يعيش وحده مكتفياً بنفسه بل لا بد له من أن يعيش في مجتمع يفيد منه ويفيده ، ويتأثر به ويؤثر فيه . والذي يعيش وحده هو ، كما يقول أرسطو طاليس المعلم الأول ، إما بهيمة وإما إله .
وإذا كان الأمر كذلك ، كان لا بد من أن تكون معاملات وتصرفات تجري بين أفراد المجتمع ، كبيراً كان هذا المجتمع أو صغيراً . وهذه المعاملات موضوعها في الغالب المال ، كما في البيع والإجارة والوصية ونحوها . لهذا ، كان من الضروري وموضوع دراستنا هو المعاملات كما جاءت في الإسلام ، بيان المعنى المراد من كلمة : مال .

وإذا كان موضوع المعاملات في الفقه الإسلامي هو المال ، فالمال هو موضوع القانون المدني أيضاً بقسميه : الالتزامات أو الحقوق الشخصية ، (والحقوق العينية) فهذه وتلك ، حقوق ذات قيمة مالية^(١) .

٢٣١ — المال ، كما يقول صاحب مختار الصحاح ، معروف ؛ ويقال : رجل مالٌ ، أى كثير المال ، ولا عجب في القول بأن معنى المال معروف ؛ فإن من يقال له مثلاً : ليس أن تعتدى على « مال » غيرك ، لا يسأل عن المراد بهذه الكلمة ، بل يفهمها على التو . وحين قال الرسول صلى الله عليه وسلم : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه وماله وعرضه » ، نرانا نفهم المراد بالمال كما نفهم المراد بالعرض والدم ، بلا حاجة لتفسير معاني هذه الكلمات .

على أن صاحب القاموس المحيط ، رأى أن يزيد الأمر وضوحاً ، فقال : « المال ما ملكته من كل شيء » ، وجمعه أموال . ثم ، نرى ابن الأثير ، صاحب النهاية في غريب الحديث ، يوضح المراد أكثر فيقول « المال في الأصل ما ملك »

(١) الدكتور شفيق شحاته ، شرح القانون المدني الجديد في الأموال ، ص ٢ .

مِنْ الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يُقتنى ويملك من الأعيان . وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل ، لأنها كانت أكثر أموالهم . وتموّل الرجل صار ذا مال ، وقد موّله غيره .

٢٣٢ — لكن علماء الفقه أعطوا لكثير من الألفاظ اللغوية معاني اتفقوا عليها فيما بينهم ، وتختلف كثيراً أو قليلاً عن معانيها اللغوية ، ومن ثمّ يقال لها : معان اصطلاحية ، ومن هذه الألفاظ لفظ المال .

لقد عرّف الفقهاء المال ، بأنه : كل ما يمكن أن يملكه الإنسان وينتفع به على وجه معتاد ؛ ويقول الإمام الشافعي بأنه لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه ، وإن قلت ، وما لا يطرحه الناس مثل الفلّس وما أشبه ذلك^(١) . وإذا ، من المال كل ما نملك من أرض ومتاع وحيوان ونقود ونحوها ؛ وكذلك من المال ما لا نملكه بالفعل ، ولكن يمكن أن يكون مملوكاً ومنتفعاً به انتفاعاً عادياً ، كالسمك في الماء والطير في الهواء والحيوان غير المستأنس . ومن ثمّ ، نفهم أن ضوء الشمس وحرارتها والهواء^(٢) ونحو هذا وذاك مما لا يمكن حيازته فعلاً ، لا يُعدّ من الأموال وإن كانت فائدته جدّ عظيمة .

ومنافع الأعيان ، مثل سكنى الدور وركوب السيارات ، لا يمكن حيازتها بالفعل ، ولهذا لم يُعدّها الأحناف مالا . ولكن غيرهم من الفقهاء . كالشافعية والحنابلة ، جعلوا المنافع من المال لأن مصادرها — كالدور والسيارات — يجري عليها الإحراز والحيازة فعلاً . وهذا الرأي هو الصحيح ، لأن الأعيان لا تقصد لذاتها بل لمنافعها ، وهكذا العرف ومعاملات الناس ، وقد مال القانون الوضعي إلى هذا الرأي وأخذ به^(٣) .

(١) عن الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ١٩٧ .

(٢) ولكن إذا ضغط الهواء وعيى في أنابيب ، صار مالا .

(٣) المال في عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية ، أما كان ذلك الحق ؛ سواء أكان عينياً أم شخصياً ، أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، إلخ . شرح القانون المدني الجديد للأستاذ الدكتور محمد كامل مرسي ، ١ : ١٣ .

أقسام

والمال صنوف مختلفة ، ولكل منها مقوماته وخواصه التي تستتبع أحكاماً خاصة في الفقه كما في القانون . فمن المال عقار ومنقول ، ومنه المثلث والقيمي ، ومنه منقول وغير منقول .

٤- ٢٣٣ - العقار هو الثابت الذي لا يمكن نقله ، والمنقول ما يمكن تحويله من مكان إلى آخر . والأول هو الأرض ، والثاني كل ما عليها من زرع وشجر وبناء وحيوان ومتاع . على أن الإمام مالك بن أنس يجعل البناء والشجر من العقار ، لأن المنقول في رأيه هو ما يمكن نقله مع الاحتفاظ بصورته التي كان عليها ، وغير ذلك هو العقار ، ولا ريب أن البناء بعد هدمه يصير أنقاضاً كما يصير الشجر أخشاباً ، وهذا هو الرأي الذي يتفق مع القانون المدني الجديد كما جاء بالفقرة الأولى من المادة ٨٢ منه .

وقائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول ، تظهر فيما يأتي :

(أ) العقار يصح أخذه بالشفعة دون المنقول ، إلا على رأى بعض الفقهاء كما سيجيء ، وإلا إذا بيع المنقول تبعاً للعقار .

(ب) ليس للوصى بيع ما يملك القاصر من عقار إلا بسبب يحيز له ذلك ، كإيفاء دين أو دفع حاجة ضرورية ، ولكن له أن يبيع من المنقول ما يرى المصلحة في بيعه .

(ج) لا خلاف في جواز وقف العقار ، وفي صحة وقف المنقول خلاف وتفصيل .

(د) يجوز بيع العقار قبل قبضه ، بخلاف المنقول .

(هـ) يباع ما يملك المدين من منقول أولاً لو فاء دينه ، ثم العقار إذا لم يكف المنقول .

(و) وفي القانون المدني لا تنقل ملكية العقار إلا بالتسجيل ، والرهن التأمين وحق الاختصاص لا يكونان إلا في العقار .

٢٣٤ — والمال المثلّي هو ماله نظير في السوق بلا تفاوت ، أو بتفاوت يسير يتساهل فيه التجار والمعاملون ، مثل المكيّلات والموزونات والمعدودات ، ومن هذه النسخ المتعددة من كتاب مطبوع . والمال القيميّ هو ما لا نجد له مثيلاً في الأسواق أو يوجد ، ولكن مع تفاوت كبير يعتد به في التجارة والمعاملات . وذلك مثل الحيوانات من إبل وبقر وغنم ونحوها ، والنسخ المخطوطة ولو من كتاب واحد ، وأراضي الزرع والبناء^(١) .

وتظهر فائدة هذا التقسيم فيما يأتي :

- (أ) إذا تعدى إنسان على مال مثلي لآخر يكون عليه مثل ما أتلّف ، حتى يكون التعويض على أكمل وجه ، أما في القيميّ فيضمن قيمته ما دام لا مثل له .
- (ب) تدخل القسمة جبراً في المال المثلّي المشترك ، وليس كذلك في المال القيميّ .
- (ج) يصح في البيع أن يكون المثلّي ثمناً لأنه متعين تماماً ، كما يصح طبعاً أن يكون مبيعاً ، أما القيميّ فلا يصح أن يكون ثمناً .

٢٣٥ — وأخيراً ، المال المتقوم ما كان محرزاً فعلاً ويجوز الانتفاع به في حالة الاختيار ، وذلك مثل العقارات والمنقولات والمطعومات على اختلاف أنواعها ، إلا ما كان محرّماً منها . وغير المتقوم ما لم يحرز بالفعل ، أو كان لا يباح الانتفاع به إلا في حالة الاضطرار . الأول مثل السمك في الماء والطير في الهواء ، والثاني كالخمر والخنزير بالنسبة للإسلام ، أما بالنسبة لغيره فهما من الأموال المتقومة^(٢) .

(١) تعريف الفقهاء للمثلّيات والقيميّات أدق ، فيما نرى ، مما جاء في القانون المدني الجديد في المادة ٨٥ ، ونصها : الأشياء المثلّية هي التي تقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد الخ . لأن هذا « القيام » يعتبر نتيجة كونها مثلية ، لا تعريف لها .

(٢) يعبر رجال القانون عما نريد بالأموال غير المتقومة بأنها الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون (م ٢/٨١) ، وهذا مما يحمل الأمر في التطبيق يختلف . فالخمر مثلاً مال غير متقوم . فلا تصلح عملاً لتعاقد فقهاً ، ولسكنها مال متقوم يصلح لتعاقد قانوناً .

لكن بعض الفقهاء ، كالشافعي وأبي ثور^(١) وابن حزم الظاهري ، يرون أن هذه الأشياء المحرمة لا تعتبر مالا متقوماً حتى بالنسبة إلى غير المسلمين^(٢) .

ولهذا التقسيم للمال من هذه الناحية ، ثمرة تظهر من أحكامهما المختلفة :

(أ) المال المتقوم يضمن للمالك من يتلفه مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيمياً ، في حين لا يضمن شيئاً إن كان غير متقوم . فلو أراق أحد خمر المسلم أو أعدم خنزيراً له لا يضمن شيئاً بما صنع ، بل حسناً فعل . ولكنهما لو كانا لغير مسلم ضمن ما أتلف ، لأنهما مال متقوم عندهم ، في رأى جمهرة الفقهاء ، إذ يستحلون تملكهما والانتفاع بهما .

(ب) المال المتقوم يرد عليه البيع والهبة والوصية وسائر المعاوضات المالية وغير المتقوم لا يصلح أن يكون محلاً للبيع ونحوه ، وإذا بيع كان العقد باطلاً . والاعتبار بالنسبة للتقوم وعدمه ، هو لشرعة واضع اليد عليه .

الملك

تعريفه :

٢٣٦ — الملك هو حيازة الشيء ، متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه والانتفاع به عند عدم المانع الشرعى . فالقيم على المجنون أو السفیه ، والوصى على القاصر ، لا يعتبر أحد منهم مالكا لما يتصرف فيه بهذه الصفة من الأموال ، لأنه ليس لأحد منهم أن يتصرف فيما تحت يده إلا بصفته المذكورة ، كما ليس لأحدهم الانتفاع به لنفسه على حين يعتبر كل من المجنون والسفیه والقاصر مالكا ، ما دام له حق هذا الاستقلال في التصرف والانتفاع ، لولا المانع الشرعى من ذلك ، وهو أنه تحت ولاية غيره .

(١) هو إبراهيم بن خالد بن اليمان الكلبي البغدادي ، توفي عام ٢٤٠ أو ٢٤٦ هـ .

(٢) انظر المحلى لابن حزم ، ٨ : ١٤٧ — ١٤٨ ، اختلاف الفقهاء للطبري ، ص ١٦٠ .

— ١٦١ : المبسوط للسرخسي ، ١١ : ١٠٢ — ١٠٥ .

وعلاقة الإنسان بما يملك ، هي أنه مالك ، والشيء مملوك له . أو بعبارة أخرى ، هذه العلاقة هي المالكية بالنسبة للإنسان والمملوكية بالنسبة للمال ؛ فهي إذاً أمر نسبي ، كالأبوة والبنوة ونحوهما .

تقسيم المال بالنسبة للملكية :

٢٣٧ — المال ، وإن كان بطبيعته قابلاً للتملك ، ينقسم من حيث قبوله لذلك إلى ثلاثة أقسام :

(أ) ما لا يجوز تملكه ولا تملكه بحال ، ومن مثل ذلك الأراضي والمنشآت المخصصة للمنافع العامة ، كالطرق والجسور والحصون والسكك الحديدية والمكتبات العامة والمتاحف ونحوها .

(ب) ما لا يجوز ذلك فيه إلا بسبب شرعى ، كالأراضي الموقوفة وأملاك بيت المال ، أى وزارة المالية الآن . ففي الوقف لا يجوز تملك بعض أعيانه إلا إذا رأت المحكمة حل الوقف أو استبدال شيء منه . وفي أملاك وزارة المالية ، لا يصح تملك شيء منها إلا إذا رأت الوزارة ذلك ، وحينئذ تزول عنها صفة تخصيصها للمنافع العامة ^(١) .

(ج) ما يجوز تملكه وتملكه دائماً في كل حال ، وهو ما عدا ما تقدم مما يملكه الأفراد والجماعات .

هذا ، وملك الشيء قد يقع على الشيء ذاته وعلى منفعته معاً ، وقد يقع فقط على هذه المنفعة . فالمالك لقطعة من الأرض أو دار أو سيارة مثلاً ، يملك هذه الأعيان ومنافعها التى تكون منها ؛ فله أن يزرع الأرض ، أو يبنى عليها ، أو يؤجرها ، وله أن يسكن الدار أو يؤجرها أو يبيعها ، وكذلك الأمر في السيارة . في حين أن المستأجر أو المستعير أو الموصى له بالمنفعة ، ليس له ملك العين نفسها ، بل المنفعة وحدها .

(١) انظر في هذا ، من الناحية القانونية ، المادة ٨٨ من القانون المدنى الجديد .

أقسام الملك :

٢٣٨ — ينقسم الملك إلى تام وناقص . فالملك التام هو ملك ذات الشيء ،
أو كما يعبر الفقهاء : رقبته ، ومنفعته أيضاً . والناقص ملك المنفعة وحدها ، إذ تكون
العين ملك غيره ، أو ملك العين لا المنفعة . والملك التام ليس إلا نوعاً واحداً ، وإن
تعددت مثله وصوره ، فلا حاجة لإطالة الكلام بذكر بعضها .

ومن تعريف الملك التام ، يتبين أن أهم خصائصه أنه ملك مطلق ، وأنه غير
موقوف بزمن ما دام الشيء موضوع الملك قائماً ، وأن المالك له حرية الاستعمال
والاستغلال والتصرف فيما يملك كما يشاء .

أنواع الملك الناقص :

٢٣٩ — هذا الضرب من الملك هو ، كما قلنا ، إما ملك العين أو الرقبة دون
المنفعة ، وإما ملك هذه وحدها . وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع ، أى
يتبع شخصه لا العين المملوكة ؛ وقد يكون حقاً عينياً ، أى تابعاً للعين دائماً لينتقل
من شخص إلى آخر ، وهذا ما يسمى « بحق الارتفاق » ولا يكون إلا فى العقار .

(أ) يتحقق ملك الرقبة دون المنافع فى صور كثيرة ؛ منها الوصية بسكنى
دار معينة أو استغلال أرض معينة ، ومنها الوقف ، والإعارة ، والإجارة . ومنها
كذلك الإباحة ، كمن يجعل داره مباحة لمن يبيت فيها من غريب أو عابر سبيل ،
أو مكتبة ينتفع بها من يريد من طلبة العلم . ففى هذه الحالات وأمثالها ، تبقى العين
ملكاً لصاحبها ، وتكون المنفعة لغيره .

(ب) وملك المنفعة وحدها على أنها حق شخصى يكون فيما لو أوصى إنسان
بداره ، أو وقفها على شخص بعينه ، فليس له فى هذه الحالة إلا سُكناها بنفسه ،
أى ليس له أن يسكنها غيره بطريق الإجارة مثلاً . كما يتحقق فيمن يعير سيارته
أو كتاباً له لآخر ، فإن هذا الآخر المستعير ليس له أن يعير ما استعاره لغيره إلا فى
أحوال خاصة وبشروط تُبحث فى باب العارية .

على أن الشافعي وبعض الفقهاء الآخرين ، يرون أن من له ملك منفعة دار مثلاً بوصية أو وقف له استيفاء هذه المنفعة بنفسه وبغيره بإعارة أو إجازة ، إن كان هو الناظر أو أذن له الناظر ، وكان الوقف أو الوصية للاستغلال . فإن كان ذلك لسكانه بنفسه ، ليس له الإعارة والاستغلال بالإجازة لغيره^(١) .

ج) أما ملك المنفعة ملكاً عينياً ، بمعنى أن يكون هذا الملك تابعاً للعين لا للشخص الذي له حق المنفعة ، وهو ما يسمى بحق الارتفاق كما قدمنا ، هذا النوع من ملك المنفعة ، هو في أكثر صورته^(٢) الحق المقرر لعقار على عقار آخر دون نظر إلى المالك . ومن هذه الحقوق ، وسيجيء الكلام عنها تفصيلاً ، حق الشرب ، وحق المجري ، وحق المرور ، وحق الجوار .

أحكام الملك التافص :

٢٤٠ — ولهذا النوع من الملك أحكام تميزه عن الملك التام ، نذكر منها ما يأتي :

١) قبوله التقييد صفة وزماناً ومكاناً^(٣) . فلموصى بمنفعة داره لغيره بعد وفاته تقييد هذه المنفعة بأنها الشكني ، لا جعلها محل تجارة مثلاً ، وللمعير دابته لغيره تقييده بالانتفاع بها في الركوب ، لا في جرّ الأثقال ، ولمعير السيارة اشتراط أن يكون ذلك للركوب ، لا للنقل ؛ ولواقف أو مبيع مكتبته لانتفاع الآخرين اشتراط أن يكون هذا أياماً معينة في الأسبوع مثلاً ، وعدم استعارة شيء منها استعارة خارجية .

(١) انظر مفتي المحتاج للشيخ الشريفي الخطيب ، ٢٠ : ٣٨٩ — ٣٩٠ ؛ نهاية المحتاج لشهاب الدين أحمد الرملي ، ٤ : ٢٨٢ ، ٢٨٨ . وانظر خلاف هذا الرأي عند الأحناف ، بدائع الصنائع للكاساني ، ٧ : ٣٨٦ .

(٢) قلنا : في أكثر صورته ، لأن من حقوق الارتفاق ما يكون مقررّاً لغير عقار على عقار ، مثل حق المرور .

(٣) وهذا متفق عليه بين الفقهاء جميعاً . وعند الأحناف أن لمن جعل لغيره حق منفعة شيء من الأشياء بطريق العارية الرجوع في ذلك ولو قبل انتهاء الزمن الذي حدده . البدائع ، ٦ : ٢١٦ — ٢١٧ .

(ب) عدم قبول توارث هذه المنفعة ، فلا ينتقل حق الانتفاع لوارث من له هذا الحق ؛ ذلك ، بأن الذى ينتقل من وارث لآخر هو الشيء الموجود ، والمنافع تتجدد من آن لآن ، فما وُجد منها بعد وفاة المورث كان معدوماً حال حياته ، فلا يمكن طبعاً أن يورثه غيره ، لأن الوارث يرث فقط ما كان موجوداً لوارثه حين وفاته .

على أن الأحناف ، وهم يقولون بعدم توارث ملكية المنفعة^(١) ، يستثنون من هذا الحكم العام بعض الحقوق ، كحق المرور والشرب ، فإنها تورث وإن كانت من قبيل ملك المنفعة ، وسيأتى لهذا زيادة تفصيل .

أما الفقهاء الآخرون ، الشافعية والمالكية والحنابلة ، فإن المنافع تورث عندهم ما داموا يعتبرونها أموالاً^(٢) . وعلى هذا ، فالذى أوصى له بسكنى دار مدة معلومة ، ثم مات قبل انتهاء هذه المدة ، يكون لورثته الحق فى الانتفاع بسكنى الدار إلى نهاية المدة . وقد أخذ قانون الوصية الجديد بما ذهب إليه الأحناف ، نعى بعدم وراثته حق المنفعة^(٣) .

(ج) لمن له حق منفعة عين من الأعيان تسلم هذه العين ولو جبراً عن المالك ، ومتى تسلمها كانت أمانة فى يده فيجب أن يعنى بها عنايته بملكه الخاص . وإن حدث أن هلكت العين فى يده ، أو أصابها عيب ، وكان هذا بلا تعدٍّ أو تقصير منه ، لا ضمان عليه لأنه أمين ولا ضمان على الأمين . أما إذا كان ذلك بتعدٍّ منه أو إهمال ، كان عليه ضمانها أو تعويض قيمة ما نقصها بالعيب .

(د) على المنتفع نفقات العين التى له حق الانتفاع بها ، إذا كانت هذه المنفعة

(١) راجع البدائع ، ج ٧ : ٣٥٣ ، ٣٨٦ ؛ الهداية للبرغينانى ، ج ٤ : ٢٠٦ — ٢٠٧ .

(٢) راجع نهاية المحتاج ، ج ٤ : ٩٧ ، و ج ٦ : ٦٧ ؛ بلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد

الصاوى ، ج ٢ : ٥١٢ ؛ كشف القناع لمصطفى بن إدريس ، ج ٢ : ٥٠٣ ، ٥٢١ .

(٣) انظر مادة ٥٩ من القانون .

بالجنان كما في حالة استعارة دابة أو سيارة مثلاً^(١). أما إذا كان الانتفاع بمقابل ، كما في الإجارة ، فإن تلك النفقات تكون على صاحب العين ؛ وإذا ، يكون علف الدابة المستأجرة على صاحبها ، وكذلك بنزين السيارة ونفقات إصلاحها .

هـ) ومتى استوفى صاحب المنفعة هذه المنفعة ، وجب عليه رد العين إلى مالئها متى طلبها منه ، إلا إذا كان يضر بالمنتفع . فمن استأجر أرضاً لزراعتها ، وحل الأجل المسى وفي الأرض زرع لم يثن وقت حصاده ، تبقى الأرض بيده حتى يحصد الزرع إلا أن هذا يكون بأجر المثل لا بالجنان^(٢) .

انتهاء حق المنفعة :

٢٤١ — هذا الحق موقت غير دائم كما علمنا ، وهو ينتهي بأمور :

أ) وفاة مالك العين ، إذا كانت هذه المنفعة بطريق العارية أو الإجارة . أما في الوصية فلا يبدأ ملك حق المنفعة إلا بعد وفاة الموصي ، وفي الوقف ينتقل هذا الحق من جيل إلى جيل حسب شرط الواقف .

ب) وفاة من له حق المنفعة ، بناء على أن هذا الحق لا يورث .

ج) انتهاء مدة الانتفاع ؛ فالموصى له بسكن دار مدة محدودة ، ليس له بعد انتهائها أن يبقى ساكناً بها .

د) هلاك العين المنتفع بها بلا تعد من مالئها أو غيره . فالذي له حق

(١) في هذا يخالف الشافعية (نهاية المحتاج ، ج ٤ : ٩٢) ، والحنابلة (كشف القناع ، ج ٢ : ٣٨٨) ، وعند المالكية قول يجعلها على المستعير كالأحناف ، وآخر على المالك المعبر كالشافعية والحنابلة ؛ انظر بركة السالك ، ج ٢ : ٢٢٩ . ونحن لا نستطيع فهم أن تكون هذه النفقات على المعبر ، على حين ينتفع المستعير بالجنان ! وبخاصة وعند الحنابلة ، مع هذا ، أن على الموصي له بمنفعة جارية مثلاً تفقها ؛ لأنه مالك نفعها كما يقولون (كشف القناع ، ج ٢ : ٥٢١) ! ثم ، من القواعد المقررة لدى الفقهاء جميعاً أن الغنم بالغرم ! وراجع عند الأحناف كتاب الهداية ، ج ٣ : ١٧٨ ، وغيره من المراجع المختبرة في باب العارية .

(٢) البدائع ج ٦ : ٢١٧ . وانظر عند المالكية ، في الإعارة وفي الإجارة بالأولى ، معنى المحتاج ج ٢ : ٢٧٣ ؛ نهاية المحتاج ، ج ٤ : ١٠٣ .

الانتفاع بهذه السيارة عاما مثلاً ، ثم هلكت في أثنائه بلا تعدّ من أحد ، ليس له المطالبة بأخرى ينتفع بها المدة الباقية من العام ؛ وإلا كان على المتعدى ضمان ما أتلف ، وحينئذ يشتري بمبلغ الضمان سيارة أخرى ينتفع بها صاحب الحق انده الباقية له .

حقوق الارتفاق

٢٤٢ — حق الارتفاق هو النوع الثالث من أنواع الملك الناقص ، وهو حق الانتفاع العيني الثابت لعقار على عقار آخر ، يقطع النظر عن شخص المالك . فإن حق سقي أرض من مجرى ماء معين ، أو صرف الماء الزائد عن حاجتها في مصرف معروف ، أو المرور إليها من طريق هو جزء من أرض أخرى — كل هذه حقوق مرتبة لتلك الأرض على تلك الحال ؛ سواء أكانت مملوكة ملكاً عاماً أم خاصاً ، وسواء بقيت الأرض صاحبة الحق على ملك هذا المالك أم انتقلت إلى مالك آخر . ومن أجل ذلك ، قلنا بأن تلك حقوق عينية ، مادامت تابعة للعين نفسها لا لشخص المالك .

ولحقوق الارتفاق جميعها أحكام عامة تشملها كلها ، ولكل منها مع هذا أحكام خاصة به . أما الأحكام العامة ، فحجاءها ألا يؤدي استعمالها إلى ضرر بالغير تطبيقاً لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » . فليس لمن له حق الشرب مثلاً أن يسرف في الماء إلى درجة ضرر من تحته من المتفعين بمجرى الماء ، وليس لمن له حق المرور إلى منزله أو أرضه من طريق لا يملكه أن يضر بمروره غيره ، وهكذا . أما الأحكام الخاصة ، فتجبيء عند الكلام على كل حق من هذه الحقوق .

٢٤٣ — ثم ، قد تكون هذه الحقوق على عقارات أو أموال عامة ؛ مثل الأنهار الكبيرة كالنيل وفروعه ، أو الطرق العامة والقناطر والجسور التي لا يملكها أحد من الأفراد ، وحينئذ فحق الارتفاق بها ثابت للناس جميعاً بلا حاجة لإذن أحد

حادامت أملاكاً عامة . وقد تكون هذه الحقوق على أملاك خاصة بفرد أو أفراد
وحيث لا بد لثبوت حق الارتفاق عليها من إذن المالك أو الملاك .

وإذا كان حق الارتفاق لعقار على عقار ولا ندرى سبب هذا الحق ولا وقت
حدوثه ، يجب حفظه لصاحبه ، ونفرض أنه حدث قديماً بسبب مشروع . فإن ثبت
بعد ذلك أنه نشأ بسبب باطل ، حكمنا بطلانه وإزالته . وكذلك ، إذا كان هذا
الحق مضراً بالغير ، كالمسيل القذر في الملك العام للدولة أو الخاص ببعض الأفراد ،
يجب إزالته أيضاً ، لأنه — كما قلنا — لا ضرر ولا ضرار .

هذا ، وحقوق الارتفاق الهامة هي : حق الشرب ، ويتبعه حق المجرى ، وحق
المسيل ، وحق الجوار .

١ - حق الشرب :

٢٤٤ — الشرب في اللغة النصيب من الماء . يقول صالح عليه السلام فيما قصه
الله علينا في القرآن ^(١) : « هذه ناقة لها شربٌ ولكم شرب يوم معلوم » . ومعناه
في إصلاح علماء الفقه ، النصيب من الماء لسقى الزرع والأشجار ويتصل بحق الشرب
على هذا المعنى ، حق آخر يسمى حق الشفة ، ويراد به ما يخص الحيوان والإنسان
من الماء لشربه ، في مقابل ما يلزم للزرع والشجر لسقيه وريه . ولهذا وذاك يعرفه
بعض الفقهاء بإيجاز ، بأنه حق الشرب والسقى ، أى شرب الإنسان والحيوان وسقى
الزرع والأشجار ^(٢) .

والماء ، بالنسبة لحق الشرب والشفة ، أنواع أربعة :

(أ) الماء الجاري في مجاري عامة لا ملك لأحد عليها .

(ب) ماء الأنهار أو الجداول الخاصة المملوكة لأحد من الناس .

(١) الشعراء ك ٢٦ : ١٥٥ .

(٢) انظر البدائع ، ٦ : ١٨٨ .

(ح) ماء العيون والآبار ونحوها .

(د) الماء المحرز في أوان خاصة .

٢٤٥ — فالنوع الأول ، كالنيل ودجلة والفرات من الأنهار العظيمة ، لكل أحد حق الانتفاع منه ، لنفسه ودوابه وزروعه وأشجاره . وللمحتاج للماء نصب ما يشاء من آلات على هذه الأنهار لجرّ الماء لأرضه ، وفتح الفتحات عليها ، ونحو ذلك مما يُيسّر له الانتفاع بالماء في كل الوجوه ^(١) .

إلا أن ذلك كله مشروط بعدم الضرر بالغير ، وإلا وجب الحدّ من تصرفاته لإزالة هذا الضرر ^(٢) . وقد عُنيت لوائح الري عندنا بمصر بترتيب الانتفاع بالماء العام في تلك الأنهار والترع على وجه حسن لا ضرر فيه ولا ضرار .

٢٤٦ — وفي النوع الثاني ، يثبت لكل أحد من الناس حق الشفة ، لا حق الشرب . فلكل إنسان الحق في أن ينتفع بهذا الماء لنفسه وحيوانه ، ولكن ليس له أن يسقي منه زروعه وأشجاره إلا بإذن مالك مجرى الماء ^(٣) .

وثبت حق الشفة في هذا الماء أمر واضح وضروري . لأنه ما زال مباحاً للجميع ، ما دام لم يحرز أحد ؛ ولأن المرء — وبخاصة حال السفر — يحتاج للماء حاجة تتجدد دائماً ، ولا يستطيع أن يحمل معه كل حاجته منه ؛ ولأنه لا ضرر على مالك الأرض

(١) الأصل في ذلك قول الرسول : « الناس شركاء في الماء والكلأ والنار » (كتاب الأموال لابن سلام ص ٢٩٥) . والكلأ هو الحشيش الذي ينبت من نفسه ، فهو مباح لكل الناس ولو كان في أرض مملوكة لبعضهم ، ولكن إن أحرز إنسان شيئاً منه صار ملكاً خاصاً له . ومن أوقد ناراً ولو في مكان مملوك له ، كان لكل أحد حق الاستضاءة والاصطلاء بها والقبس منها ، وإن كان لصاحبها المنع من دخول المكان المملوك له إلا بإذنه . ومن ذلك كله ، يتبين أن الشربة التي يتكلم عنها الرسول ، هي شربة لإحاجة للانتفاع ، لا شربة ملك فيها .

(٢) راجع البدائع ، ج ٦ : ١٩٢ ؛ نهاية المحتاج ، ج ٤ : ٢٥٥ ؛ المغني لابن قدامة الحنبلي ، ج ٥ : ٥٣١ .

(٣) تكملة فتح القدير شرح الهداية ، ج ٨ : ١٤٤ . وفي رأى الإمام يحيى من أئمة الشيعة ، وقول لبعض أصحاب الشافعي ، ورواية عن ابن حنبل — في رأى هؤلاء جميعاً أن صاحب النهر الخاص أو العين أو البئر يملك المجرى والماء معا ، لكن عليه بذل ما فضل عن حاجته لغيره . الروض النضير ، ج ٣ : ٣١٠ .

التي يجري فيها هذا الماء ، أن ينتفع المارّ به لنفسه ودابته ، ولو ناله ضرر يسير من ذلك وجب احتماله بجانب ما قد يصيب المحتاج للماء لو منع منه .

لكن ، قد يكون في إباحة سقى الأرض والزرع والشجر من ذلك الماء ما يضر ضرراً بليغاً بصاحب النهر أو الجدول الخاص ، ولذلك لم يثبت الشرع حق الشرب فيه فإنه قد يترتب على إثبات هذا الحق ألا يجد المالك نفسه من الماء ما يكفي لسقى أرضه وزرعه وشجره ، مع أن ملكيته لمجرأه يجعل له حقاً ممتازاً فيه على سائر الناس^(١) ولهذا ، يرى أكثر الفقهاء أن له منع الغير من الاستقاء من هذا الماء لنفسه ودوابه إن كان ذلك يضر به ضرراً كبيراً ، بالألا يبقى له من الماء حاجته الضرورية .

٢٤٧ — ويثبت في النوع الثالث ، وهو ماء الحياض والآبار والعيون ، حق الشفة دون حق الشرب^(٢) مثله في هذا وذاك مثل مياه النوع الثاني السابقة . فإن أبي صاحب المجرى الخاص ، أو صاحب البئر ونحوه ، ومنع الناس من الاستقاء لأنفسهم ودوابهم ، كان لهم قتاله حتى ينالوا حاجاتهم . والأصل في هذا ، أن قوماً سَفَرًا وردوا ماء فطلبوا من أهله السماح لهم بالشرب منهم وسقى دوابهم فأبوا ، فلما رجعوا وذكروا ذلك لعمر بن الخطاب قال : هلاً وضعتم فيهم السلاح^(٣) . والإذن بقتال صاحب البئر ونحوه هذه الحالة ، مشروط بالألا يجد المحتاج للماء ماء آخر قريباً من ذلك الماء ، وإلا كان عليه أخذ حاجته منه وترك ماء الشحيح بمالا يصح الشح به من إنسان^(٤) .

(١) البدائع ، ج ٦ : ١٨٩ . والقانون المدني الجديد (مادة ٨٠٨) يؤكد ذلك ، ففيها أن من أنشأ مستقاه أو مصرفاً خصوصاً ، كان له وحده حق استعمالها . ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين الانتفاع بها ، بعد أن يكون صاحب الحاجة قد استوفى حاجته منها الخ ، بتصرف في التعبير .

(٢) وفي ذلك يذكر الطحاوي أن من كانت في أرضه بئر أو عين ، كان له منع الناس من دخول أرضه ؛ إلا أن يكون بالناس إلى ذلك حاجة ولا يجدون ماء من غيرها ، فيسكون عليه لإباحتهم ماءها لسقائهم ومواشيهم ، وليس عليه إباحتهم ذلك لزروعهم . مختصر الطحاوي ، ص ١٣٦ .

(٣) الحراج لأبي يوسف ، ص ٥٥ ؛ البدائع ، ج ٦ : ١٨٩ . وقد تقدم هذا بتفصيل أكثر عند الكلام على طبيعة الفقه الإسلامي وخصائصه .

(٤) تكملة فتح القدير ، ج ٨ : ١٤٥ ؛ ابن عابدين ، ج ٥ : ٢٩١ — ٢٩٢ .

٢٤٨ — بقي النوع الأخير ، وهو الماء الذى يكون محرزاً لبعض الناس فرداً أو جماعة ، ويدخل فيه الجرار والصهاريج والماء الخاص بشركة المياه عندنا بمصر ونحو ذلك كله . وهذا الماء يكون ملكاً خاصاً لصاحبه ، فليس لأحد حق الانتفاع به بأى وجه من الوجوه إلا بالاتفاق معه . وفى هذا يروى عن الرسول أنه نهى عن بيع الماء إلا ما حِلَّ مِنْهُ^(١) ، كما أن ذلك أمر طبعى للمجهود والنفقة التى تكلفها من قام بإحرازه .

على أنه بناء على أن الناس شركاء فى الماء بنص الحديث عن الرسول ، فإن من خاف على نفسه الهلاك من العطش ، ولم يجد إلا هذا الماء المحرز للملك ملكاً خاصاً ، كان له أخذ حاجته منه ، ولو بالقوة ، ليدفع عن نفسه الهلاك ؛ ولكن عليه مع ذلك دفع قيمة ما أخذ ؛ لأن حِلَّ أخذ ما يحفظ الحياه من ماء أو طعام بالقوة فى حالة الضرورة ، لا ينافى الضمان بدفع قيمة ما أخذ وانتفع به .

٢٤٩ — وهناك أحكام عامة فيما يتعلق بالانتفاع بالمياه على اختلاف أنواعها ، ونذكر من هذه الأحكام ما يأتى :

(أ) المحافظة على حافة البئر والعين والنهر أو مجرى الماء مطلقاً ، فإن لم يفعل صاحب الحق فى الانتفاع بالماء هذا كان لصاحب ذلك منعه من الانتفاع لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » . ومن الضرر ، أن يترك المنتفع الماء يرشح فى أرض جاره على وجه غير معتاد فيضرها ، وعليه الضمان إن حصل ذلك منه وكان متعمداً .

(ب) على المنتفع بهذا الماء الوصول إليه من طريق عام غير مملوك لأحد ؛ فإن لم يوجد ، ولم يكن هناك ماء آخر ، كان على صاحب المجرى الخاص والطريق الخاص الإذن لصاحب الحق فى الوصول إلى الماء منه ، أو يخرج له حاجته من الماء إن لم يرض الإذن له بالمرور فى ملكه .

(١) الأموال لابن سلام ، ص ٣٠٢ .

(ج) إذا كان حق الشَّرب من نهر أو جدول واحد ثابتاً لأناس كثيرين ، كان عليهم توزيع الماء بينهم توزيعاً عادلاً بنسبة مقدار ما يملك كل منهم ؛ وهذا يكون بالمناوبات الزمنية ، أو بفتحات تتناسب ومساحة الأرض التي يملكها كل من لهم هذا الحق في الانتفاع بالماء^(١) .

(د) هذا الحق يورث وتنصح الوصية به ، حتى على رأى الأحناف^(٢) الذين يرون عدم توارث ملكية المنافع على ما ذكرنا من قبل . كما يجوز بيعه تبعاً للأرض بين الفقهاء جميعاً . وفي بيعه استقلالاً خلاف ، فقيل لا يجوز ، لأن الشَّرب نصيب من المال مجهول الكمية ، وبيع المجهول لا يصح لما فيه من الغرر أو الظلم ، ولأن الحقوق لا تحتل الأفراد بالبيع والشراء والإجارة^(٣) .

على أننا لا نرى مانعاً من ذلك ؛ لأنه يتفق مع العرف أحياناً ، وقد يكون في بيعه مصلحة ضرورية أحياناً أخرى . وذلك ، كما في حالة من يملك قطعة دون حق الشرب اللازم لها ، فمن الخير — إن لم نقل من الضروري — جواز شراء هذا الحق من مالكه ليسقى أرضه وما عليها .

من المجرى :

٢٥٠ — هو حق صاحب الأرض ، البعيدة عن مجرى الماء ، في إجرائه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها . وقد يكون المجرى نفسه مملوكاً للجار ، أو لصاحب الأرض المحتاجة له ، أولهما معاً ، أو مشتركا بينها وبين آخرين . وعلى كل ، فليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره ، وإلا كان لهذا إجراؤه برغم أنفه .

روى يحيى بن آدم القرشي « أن رجلاً كان بينه وبين الماء أرض لرجل » فأبى صاحبها أن يدعه يرسل الماء في أرضه ، فقال له عمر بن الخطاب رضى الله عنه :

(١) انظر مثلاً ، نهاية المحتاج ، ج ٤ : ٢٥٨ ؛ المغنى لابن قدامة ، ج ٥ : ٥٣٣ — ٥٣٤ .

(٢) البدائع ، ج ٦ : ١٨٩ ، ١٩٠ . وفيه أنه لا يجوز إجارته قصداً ، بل تبعاً كالبيع .

(٣) البدائع ، ج ٦ : ١٨٩ ، ١٩٠ .

« لو لم أجد للماء مسيلاً إلا على بطنك لأجريته^(١) » وقد ذكرنا ، فيما تقدم^(٢) ،
حادثاً مثل هذا ، وفيه أن الخلاف كان بين الضحاك بن خليفة الأنصاري
ومحمد بن مسلمة .

وإذا كان المجرى مشتركاً بين متعددين . لم يكن لأحدهم سدّه فلا يصل
الماء إلى من دونه . إلا إذا تراضوا فيما بينهم على أن يسده كل في نوبته ، أو رضوا
أن يسدّه في نوبته وحده من كانت أرضه مرتفعة فلا يبلغها الماء إذا ترك سائراً
في طريقه العادي . فإن أبوا عليه سدّ المجرى في هذه الحالة ، كان عليه أن يقيم
عليه آلة ترفع الماء إلى أرضه . ذلك ، بأن القاعدة العامة ، في هذا ونحوه ،
هي أنه لا ضرر ولا ضرار ، وأنه يجب احتمال الضرر اليسير في سبيل دفع
الضرر الكبير^(٣) .

٢٥١ — هذا ، وإصلاح الأنهر والمساق والمصارف العامة على بيت المال ،
أو وزارة المالية بلغة هذا العصر ، على أن الجهة التي تقوم به عندنا هي وزارة
الأشغال العمومية . وإنما كان إصلاح هذه الأنهار على بيت المال ، « لأن منفعتها
لعامة المسلمين ، فكانت مؤتمتها من بيت المال ، لقوله عليه الصلاة والسلام :
الخراج بالضمآن^(٤) » .

أما الأنهار والمساق الخاصة ، فإن إصلاحها على الملاك المنتفعين بها ، لأن
الغنم بالغرم كما هو مقرر ، وكل حق في مقابله واجب^(٥) . ومن أبي منهم ذلك
وجب جبره عليه . فإن امتنع الشركاء جميعاً ، لم يكن لأحد أن يكرههم على القيام
بالإصلاح ، ما دام الضرر في الإهمال لا يعود إلا عليهم دون غيرهم .

(١) كتاب الخراج ، ص ١١٠ . وانظر موطأ مالك ، ج ٢ : ١٢٢ — ١٢٣ .

(٢) بحث طبيعة الفقه الإسلامي وخصائصه .

(٣) البدائع ، ج ٦ : ١٩٠ — ١٩١ .

(٤) البدائع ، ج ٦ : ١٩٢ . وانظر ابن عابدين ، ج ٥ : ٢٩٣ .

(٥) البدائع ، ج ٦ : ١٩١ — ١٩٢ ؛ المغني ، ج ٥ : ٥٣٧ .

٢٥٢ — هكذا يرى الفقهاء المتقدمون وبعض المتأخرين^(١) ، ولكننا نرى — مع ذلك — أن أولى الأمر إكراههم على الإصلاح إذا كان الأمر على جانب من الخطر ، لأن غنى الأمة وفقرها من غنى وفقر أفرادها . وبدى أن ترك الملاك إصلاح ما يملكون من أنهار وجداول ، بحيث يكون عن ذلك كبير ضرر لهم ، فيه تفويت جانب كبير من الثروة العامة على الأمة جميعا .

وهذا الرأي الذى نذهب إليه ، رعاية للمصلحة العامة ، هو ما ذهب إليه التشريع المدنى ، فقد جاء بالمادة ٨١١ من القانون الجديد : « إذا لم يتفق المنتفعون بمساقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية ، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم .

هو المسيل :

٢٥٣ — الفرق بين المجرى والمسيل هو أمر واحد ؛ فالأول — كما ذكرنا — هو جلب الماء الصالح للأرض ، والثانى هو لصرف الماء غير الصالح عنها أو عن الدار . ولهذا تكاد تكون أحكامهما واحدة ، فلا حاجة للإطالة فى ذلك ولا لذكر مراجع ما نذكره منها خاصة بحق المسيل .

حق المسيل هو إذا حق صرف الماء الزائد عن الحاجة ، بوساطة مجرى ظاهر أو مستتر أو أنابيب أو ميازيب معدة لذلك ، حتى ينتهى هذا الماء إلى المصارف أو المجارى العامة . وهذا الماء الذى يراد صرفه ، قد يكون مأثاه أرضا زراعية أو داراً من الدور ، أو مصيفا أو محلا عاما كقهى ومطعم ونحوهما . وقد يكون المسيل مملوكا للمنتفع به إلا أنه يمر بملاك جاره ، كما قد يكون لصاحب الدار أو الأرض التى يمر فيها :

٢٥٤ — وعلى كل حال ، متى ثبت هذا الحق لعقار لم يكن لصاحب المسيل الممانعة فى انتفاع صاحب العقار به ، إلا إذا أضر ذلك به ضررا ينافى له حينئذ منعه

ثم ، لا يبطل هذا الحق بتغير صفة العقار الذى ترتب له ؛ بأن يكون أرضاً زراعية .
فصار منزلاً أو مصنعا مثلاً ، أو بالعكس .

وكما هو الحال فى المجرى ، تجب نفقات إصلاح المسيل على صاحب الحق فيه
لأنه المنتفع به . وعلى من هذا المسيل فى ملكه ، تمكين صاحب الحق فيه من
إصلاحه بدخوله فى ملكه ، أو يقوم المالك على حسابه بذلك .

هو المرور :

٢٥٥ — هو حق أن يصل الإنسان إلى ملكه ، داراً أو أرضاً ، بطريق يمر
بملك غيره ؛ سواء أكان هذا الطريق ملكاً لهذا الغير ، أم لهما معاً ، أم كان طريقاً
عاماً للجميع .

ويجب قبل الأخذ فى مسائل هذا الحق ، بيان الأصل الذى تبنى عليه هذه
المسائل ، وكذلك مسائل حق الجوار ، عند الإمام أبى حنيفة وصاحبيه أبى يوسف
ومحمد بن الحسن . فبهذا الأصل تعرف أحكام هذه المسائل على اختلافها ، ويبين
ما يجوز للمالك وما لا يجوز له من التصرفات فى ملكه إذا تعلق به حق الغير .
يرى الإمام أن الأصل فى تصرفات المالك فى ملكه ، إذا تعلق به حق الغير ،
الحظر لأنه تصرف فى محل تعلق به حق محترم للغير ، فليس للجار التصرف فى ملكه
من غير رضا صاحب الحق وإن لم يضره هذا التصرف . على حين يرى الصحابيان
أن الأصل فى ذلك الإباحة ؛ لأنه تصرف فى ملكه ، والمالك يقتضى إطلاق اليد
فى التصرف كما يريد المالك ، إلا إذا كان فى بعض هذه التصرفات ضرر بالغير صاحب
الحق فيمنع حينئذ المالك منها^(١) . ويجيء بعد ذلك الكلام فى الضرر اليسير والضرر
العظيم ، ولكل منهما أثره فيما يجوز أولاً يجوز من تصرفات المالك فيما يملك .

(١) راجع الهداية وشرحها فتح القدير ، ح ٥ : ٥٠٢ — ٥٠٣ ؛ البدائع ، ح ٦ :
٢٦٤ — ٢٦٥ ؛ شرح الزيلعى على الكنز ، ح ٤ : ١٩٥ . ونحن نرى أن رأى الصحابين
هو الحق الذى يجب أن نقتضى به ؛ لأنه يدهى القول بحرية المالك ، ويكفى أن تقيد بعدم الإضرار
بأحد ، فحق تصرف المالك فى ملكه لا يمنع لنفسه بل لما يكون عنه من ضرر بالغير .

٢٥٦ — بعد ذلك نذكر أن حق المرور في الطريق العام ثابت للناس جميعاً

على سواء بلا قيد ولا شرط ، ولكل صاحب عقار على هذا الطريق فتح ما يشاء من أبواب ونوافذ عليه . ولكن ليس لأحد أن يحدث فيه ما فيه ضرر بالمرور ، فإن كان لا يضر كان جائزاً بشرط إذن ولي الأمر عند أبي حنيفة ؛ وإلا ، كان لأي إنسان منعه وهدم ما أحدثه ، من نحو شرفة أو دكان أو مصطبة أو غراس أشجار^(١) .

وفي هذا ، يقول شمس الأئمة ، وهو من رجالات مذهب أبي حنيفة : « إن كان الإحداث — أي للظلة والشرفة والدكان ونحوها — يضر بأهل الطريق ، فليس له أن يحدث ذلك . فإن كان لا يضر بأحد لسمة الطريق ، جاز له إحداثه ما لم يُمنع منه ؛ لأن الانتفاع بالطريق بالمرور فيه من غير أن يضر بأحد جائز ، فكذلك كل ما هو مثله فيلحق به إذا احتاج إليه . وإذا أضر بالمارة لا يحل له ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » . وهذا نظير من عليه الدين ، فإنه لا يسمع التأخير إذا طالبه صاحبه ولو لم يطالبه جاز له تأخيره . وعلى هذا ، القمود في الطريق للبيع والشراء ، يجوز إن لم يضر بأحد ، وإن أضر لم يجز لما قلنا^(٢) . »

٢٥٧ — الطريق الخاص وهو ما كان ملكاً لجماعة مخصوصين ، أو كان سكة

غير نافذة كما يعبر الفقهاء المسلمون ، فمن البدهي أن يكون الانتفاع به حقاً لأهل هذا الطريق وحدهم ، فليس لأحد غيرهم أن يفتح عليه باباً أو نافذة إلا بإذن منهم . فإن فعل ، كان لأي منهم منعه ، سواء أضر ذلك بهم أم لم يضر ؛ لأن حرمة أو عدم صحة هذا التصرف لا يتوقف على المضرة وحدها ، مادام المتصرف أجنبياً : تماماً عن هذا الطريق الخاص^(٣) .

ولأن هذا الطريق خاص بأهله ومملوك لهم ، جاز لمن يزيل من أصحابه باب

(١) الهداية ، ج ٤ : ١٥٤ ؛ شرح الزيلعي لمثل الكثر ، ج ٦ : ١٤٢ ؛ فتح القدير ،

ج ٥ : ٥٠٠ .

(٢) شرح الزيلعي ، ج ٦ : ١٤٢ .

(٣) شرح الزيلعي ، ج ٦ : ١٤٣ ب ؛ المرجع نفسه ، ج ٤ : ١٩٥ .

داره الذى كان مفتوحاً عليه إعادة هذا الباب ، كما يجوز هذا أيضاً لمن يملك هذه الدار من بعده ، وفي هذا تقول المادة ١٢٢٢ من « المجلة » : « إذ سد أحد بابه الذى هو فى الطريق الخاص ، فلا يسقط حق مروره بسده إياه ، فيجوز له ولمن اشترى منه أن يفتحه ثانياً » ، وهذه المادة مأخوذة من الفتاوى العيادية فى باب الحيطان .

٢٥٨ — والطريق الخاص قد يكون غير نافذ ، كما يكون نافذاً على ما نشاهد كثيراً هذه الأيام ، وعلى كل حال فهو مملوك لأهله . فلا يجوز لغيرهم الانتفاع به إلا بإذنهم ، ومع هذا ، فإن لكافة الناس حق الانتفاع به بالمرور فيه عند زحمة الطريق العام ، ولذلك ، ليس لأصحابه سده أو إزالته ، احتراماً لهذا الحق الذى للعامة فيه .

وفي هذا ، يذكر صاحب جامع الفصولين ، وهو ابن قاضى سماونه أو سماوه : ليس لأهل السكة أن ينصبوا على رأس سكتهم دربا^(١) ويسدوا رأس السكة ؛ لأن مثل هذه السكة ، وإن كانت ملكاً ظاهراً لأصحابها ، لكن للعامة فيها نوع حق ، وهو أنه لو ازدحم الناس فى الطريق ، لم أن يدخلوها حتى يخف الزحام ، وقال أبو حنيفة فى سكة لا تنفذ ، ليس لأصحابها بيعها ، ولو اتفقوا عليه ولو اقتسموها فيما بينهم ؛ إذ الطريق الأعظم إذا أكثر الناس فيه ، كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف الزحام^(٢) ، وذلك هو الجارى العمل عليه هذه الأيام بحمد الله .

هو الجوار :

يطلق هذا الحق على أمرين :

(أ) حق التعلل الثابت لصاحب العلو على صاحب الشغل .

(ب) حق الجوار الجانبى المعروف الثابت لكل من الجارين على الآخر .

(١) الدرب الطريق ، وباب السكة ، وهذا هو المراد هنا .

(٢) جامع الفصولين ، ٢ : ١٩٧ .

٢٥٩ — إذا كانت الدار بين شريكين لكل منهما طبقة فيها ، يكون للمالك الطبقة العليا حق القرار على الطبقة السفلى والانتفاع بسقوفها ، وهذا الحق ثابت دائماً لصاحب العُلوِّ فلا يزول بهدمه أو انهدام السُّفل أوهما معاً ؛ فإذا زال العلو كان لصاحبه ، أو لمن يرثه من بعده ، إعادة بنائه حين يريد .

ولأن كلاً من حق صاحب الدور الأعلى وصاحب الدور الأسفل متعلق بالآخر كان ملك كليهما ليس خالصاً لصاحبه ، فليس لأحدهما أن يتصرف بملكه تصرفاً يضر بالآخر . أى ليس لصاحب العلو بناء طبقة أخرى فوق طبقته يضر بناؤها بالسفل بزيادة الثقل عليه ، وليس لصاحب السُّفل إحداث فتحات مثلاً بينائه توهم البناء فلا يقوى على تحمل ما فوقه^(١) . بل ، ذهب أبو حنيفة ، بناء على أصله كما تقدم ، إلى أنه ليس لصاحب السفل أن يحدث في بنائه أى شيء كدق وتد أو فتح نافذة ، إلا برضاء صاحب العلو وإن لم يضر به . في حين ذهب الصحابيان ، بناء على أصلهما كما سبق أيضاً ، إلى أن لصاحب الدور الأدنى أن يصنع ما لا يضر بالدور الأعلى^(٢) وهذا هو الرأى الصحيح الواجب اتباعه عندنا .

٢٦٠ — والجوار الجانبى لا يتطلب إلا حقاً واحداً لكل من الجارين على الآخر ، وهو ألا يضر أحدهما بصاحبه — في سبيل انتفاعه بما يملك — ضرراً فاحشاً بيننا ، على أن الفقهاء يختلفون في هذا اختلافاً كبيراً .

فقياس المذهب عن الأحناف ، بل أهم خاصة للملك التام ، يقتضى أن المالك حر في ملكه يتصرف فيه كما يريد مهما أضرَّ بجاره ، وإن كان ليس له فعل ما يضر به ديانة لا قضاء ، وفي هذا يقول علاء الدين الكاسانى المتوفى عام ٥٨٧ هـ : « للمالك أن يتصرف في ملكه أى تصرف شاء ، سواء أكان تصرفاً يتعدى ضرره إلى غيره أم لا يتعدى ؛ فله أن يبنى في ملكه حماماً أو رحناً أو تنوراً ، وله أن

(١) هذا متفق عليه بين أبى حنيفة وصاحبيه .

(٢) انظر مثلاً كتاب الهداية وشرح فتح القدير عليها ، ٥٠ : ٥٠٢ — ٥٠٣ .

يقعد في بنائه حداً أو قصاراً ، وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة ، وإن كان
يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره ، وليس لجاره أن يمنعه ، حتى لو طلب لجاره
تحويل ذلك لم يجبر عليه . إلا أن الإمتناع عما يؤذى الجار واجب ديانة للحديث ،
قال عليه الصلاة والسلام : « المؤمن من أمن جاره بوائقه » ، ولو فعل شيئاً من ذلك
حتى وهن البناء وسقط حائط الجار ، لا يضمن ، لأنه لا صنعه له في ملك الغير ^(١) .

وعن هذه النظرة ، صدر من قبل شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي
إذ يقول : « للإنسان أن يتصرف في ملك نفسه بما يبدو له ، وليس للجار أن يمنعه
من ذلك ، وله أن يتخذ فيها حمماً أو تنوراً لأنه يتصرف في خالص ملكه .
والحاصل ، أن من يتصرف في خالص ملكه لم يُمنع منه في الحكم ، وإن كان
يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير ^(٢) » .

٢٦١ — لكن الفقه الإسلامي كائن حي ، ومن شأن كل حي التطور حسب
الزمان والمكان ، ومن ثم فمن جاء بعد ذلك من فقهاء الأحناف يذهبون ، من باب
الاستحسان لا القياس ، إلى الحد من حرية المالك حتى لا يضر بما يصنع في ملكه
جاره ضرراً يبيّن غير متعارف احتمالاً ^(٣) .

من ذلك ما ذهب إليه فخر الدين الزيلعي ، المتوفى عام ٧٤٣ هـ ، من أن للمالك
أن يتصرف كما يشاء في ملكه ، ما لم يضر بجاره ضرراً ظاهراً ، وفي هذا يقول :
« ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين ، أو رحاً للطحن ،
أو مدقات للقصارين ، لم يجوز لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً فاحشاً لا يمكن

(١) البدائع ، ج ٦ : ٢٦٤ وإلى هذا الرأي ذهب الشافعي وابن حنبل ، انظر فتح القدير

ج ٥ : ٥٠٦ .

(٢) المبسوط ، ج ١٥ : ٢١ ، وقد توفي السرخسي في أواخر القرن الخامس .

(٣) ينبغي هنا أن نلاحظ ما ذكرناه في حق المرور عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه ، من

الاتفاق على منع أن يحدث أحد في ملكه ما يضر بمن لهم حق المرور في الطريق .

التحرز عنه . والقياس أن يجوز ، لأنه تصرف في ملكه ، وترك ذلك استحصانا لأجل المصلحة ^(١) .

وبعد الزيلعي نجد الكمال ابن الهمام ، المتوفى عام ٨٦١ هـ ، يذهب إلى هذا الرأي من وجوب منع المالك من أن يصنع بملكه ما يضر جاره ضرراً بيناً ، ويسوق لهذا أمثلة كثيرة كالتى ذكرها الزيلعي ونحوها . على أنه يلاحظ أن حديث : « لا ضرر ولا ضرار » لا يفيد امتناع المالك عن كل ما يسبب لجاره أى ضرر ، وإلا كان هذا إضراراً بالمالك نفسه بل يجب تخصيصه بالضرر الفاحش أو البين ؛ وهو ما يكون عنه توهين البناء أو هدمه بالأولى ، أو لا يستطيع معه الجار الانتفاع بداره وهذا هو الرأي الذى اختاروه للفتوى ^(٢) .

وهذا الرأي المفتى به ، هو ما ذهب إليه بعد هؤلاء جميعا ابن عابدين المتوفى عام ١٢٥٢ هـ . ومثل للضرر البين بمثل كثيرة ، منها فتح كوة يشرف منها على جاره وعياله ، وبما يمنع الضوء عن الجار . وزاد على ذلك كله ، بأن المالك كما يمنع مما يضر بجاره ضرراً بيناً ، يُمنع مما يكون الأمر فيه مُشكلاً . ومعنى هذا أنه لا يباح للمالك من التصرفات إلا ما لا ضرر فيه على الجار ، أما ما بان ضرره الفاحش ، أو أشكل فيه الحال ، فإنه ممنوع ^(٣) .

٢٦٢ — هذه الثروة الفقهية الإسلامية ، التى لا نكاد نجد لها مثيلاً فى الفقه الغربى ، هى التى جعلت واضعى التشريع المدنى الجديد يفيدون منها أجلاً فائدة فى تشريع التزامات الجوار ونظرية التعسف فى استعمال الحق ^(٤) . وهى أيضاً دليل

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٤ : ١٩٦ ، وعلى هذا رأى الإمام مالك بن أنس فهو القائل بالمصالح المرسلة .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ : ٥٠٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ، ج ٤ : ٣٧٥ — ٣٧٧ .

(٤) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، للأستاذ الدكتور السهورى ، ص ٤٥ فى الهامش وص ٤٧ .

واضح على حيوية الفقه الإسلامى المعجبية وقوته وقابليته للتطور حتى ليناسب البيئات المختلفة فى الزمان والمكان ^(١) .

وغنى عن البيان أن ما انتهى إليه الفقه الإسلامى فى هذه الناحية ، هو ما يجب العمل به ، وهو ما صار عندنا قانوناً رسمياً ^(٢) . ومن الخير أن صار الأمر كذلك .
أى إلى تحديد حرية المالك فى تصرفاته ألا تكون مضرة بجاره ضرراً يئناً ، بعد أن ترك الناس — بكل أسف — ما يأمرهم به الدين من الإحسان للجار ، فلا أقل من ترك الضرر به !

والآن ، وقد تكلمنا فيما سبق عن تقسيم الملك إلى تام وناقص ، وبحثنا خصائص الملك الناقص وأسبابه وأنواعه ، نأخذ فى الكلام على أسباب الملك التام وسائر المباحث المتعلقة به .

أسباب الملك التام :

٢٦٣ — أسباب هذا النوع من الملك واحد من أربعة .

(أ) سبب ينشئ الملكية على شيء ما بعد أن لم يكن مملوكاً لأحد ، وهو الاستيلاء على الأشياء المباحة . وهذا سبب فعلى لا قولى ، لأنه ليس إلا وضع اليد ، ولهذا يصح من المحجور عليه إذا حصل منه ، أما العقد فلا يصح منه .

(ب) سبب ينقل ملكية شيء ثابتة ملكيته لشخص إلى شخص آخر ، وهذا هو العقد ، مثل البيع والهبة والوصية والزواج .

(ج) سبب يجعل الملكية تنتقل ، لا بطريق العقد ، بل بطريق الخلافة ، وهو الميراث ^(٣) .

(١) أشار إلى هذا ، بعد أن أذكر بضعة أمثلة تدل على تطور الفقه الحنفى ، الأستاذ الدكتور شفيق شعاعته ، شرح القانون المدنى الجديد ، القسم الأول ، النظرية العامة للحق العيى ، ص ٨٩ فى الهامش

(٢) انظر المواد ٥ ، ٨٠٧ .

(٣) تكفى هنا هذه الإشارة للميراث والوصية والزواج ، باعتبار كل منها سبباً للملكية ؛ ففعل بحثها هو فى الأحوال الشخصية ، لافى هذا الكتاب الذى نحن بصددده .

(د) سبب يجعل صاحب الحق فيه محل محل المشتري فيما اشتراه جيرا عنه ، وهو الشفعة إذا طلبها صاحبها .

م الاستيلاء على المباح

٢٦٤ — يمتاز هذا السبب عن الأسباب الأخرى بأنه ، كما أشرنا ، يحدث ملكية لم تكن . فالمشتري لشيء يملكه بعد أن كان مملوكا لغيره وهو البائع والوارث يملك ما كان مملوكا لمورثه ، والموصى له بشيء يملكه بعد وفاة الموصى الذي كان مالكا لما أوصى به ، وهكذا في حين أن من يضع يده على شيء مباح يصير مالكا له ، وقد كان غير مملوك لأحد قبله .

وكذلك ، يختلف هذا السبب عن الأسباب الأخرى ، بأنه سبب فعلى لا قولى فكل من يصدر عنه يعتبر مالكا لما وضع يده عليه ، ولو كان غير أهل للالتزام والتعاقد كالصبي والمجنون ، فلو استولى أحد من هؤلاء وأمثالهم على شيء مباح صار مالكا له .

ومن البدهى أن هذا السبب لا يقيد الملك إلا فيما لم يكن مملوكا لأحد ، فمن وضع يده مدة مهما طالت على مال مملوك لغيره لا يصير مملوكا شرعا له بحال ، وإن كان القانون المدني جعل وضع اليد — بشروط خاصة — سببا من أسباب الملك . وهذا السبب يشمل هذه الصور :

(أ) إحياء الموات .

(ب) الاصطياد ونحوه .

(ج) الاستيلاء على المعادن والكنوز .

٢ — إحياء الموات :

٢٦٥ — الموات ما ليس مملوكا من الأرضين ولا ينتفع بها لسبب من الأسباب

كانقطاع الماء عنها أو غلبته عليها ، وتكون خارجة عن البلد . فلا يكون مواتا

ما كان من الأرض ملكاً لأحد من الناس ولو تركها خربة ، أو ما كان داخل البلد ، أو خارجاً عنها ولكنه مرفق لها ، بأن يكون محتطباً لأهلها ، أو مرعى لأنعامهم كل هذا ، ليس أرضاً مواتاً ، فلا يجوز لأحد ملكها بالإحياء ، وليس لولى الأمر إقطاع شيء منها لأحد ؛ لأنها حق للمسلمين جميعاً ، وفي إجازة شيء من ذلك إبطال هذا الحق العام ، والأرض المملوكة لبعض الناس ولو كانت خربة ، وإن كانت لا تعتبر مواتاً ، ولكن ما ينبت فيها من كلاً وحشيش مباح للجميع^(١) .

وقد شرط الإمام الطحاوى فى اعتبار الأرض مواتاً ، ألا تكون خارج البلد فقط ، بل أن تكون بعيداً عنها . وهذا البعد قدره الإمام أبو يوسف بنحو ثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة ، وقدره فى رواية أخرى عنه نقلها الطحاوى ألا يسمع من بها صوت من يقف بأذنى العُمران منها ويصيح بأعلى صوته^(٢) . على أن هذا ليس شرطاً فى « ظاهر الرواية » ؛ حتى إن ما انحسر عنه الماء من أرض البحر المجاور للبلد ، أو أجمة أو غابة بجوار البلد لا يملكها أحد ، يكون أرضاً مواتاً ، وذلك هو الصحيح^(٣) .

٢٦٦ — وبعد ذلك ، يرى الصاحبان أن من أحيا أرضاً مواتاً ، أو ميتة بتعبير آخر ، صار مالكا لها بهذا الإحياء ، سواء فعل ذلك بإذن ولى الأسر أم بغير إذنه ، يقول الرسول : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » دون اشتراط إذن الإمام . ويرى الإمام أبو حنيفة أنه ليس لكل أحد إحياء الأرض التى يريد ؛ بل لا بد من إذن الإمام بالإحياء ، كما لا يملك أحد ما يُنحيه إلا بتملك الإمام إياه ذلك .

(١) البدائع ٦ : ١٩٣ — ١٩٤ ؛ وانظر فتح القدير شرح الهداية ، ٨ : ١٣٦ ؛ والأصل فى اعتبار الإحياء سبباً للملكية قول الرسول : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » وقوله : « عادى الأرض [أى قدعها] لله ورسوله ، ثم هي لكم » نظر الأموال لابن سلام ، ٢٧٢ ، ٢٨٥ — ٢٨٧ .

(٢) مختصر الطحاوى ، ص ١٣٤ ، وابن حنبل وأصحابه يحكمون العرف فى البعد والقرب المعنى لابن قدامة ٥ : ٥١٧ .

(٣) البدائع ، ٦ : ١٩٤ .

ويقول الطحاوى ، بعد أن ساق هذين الرأيين ، : « وبه نأخذ » أى برأى أبى حنيفة . ومبنى هذا رأى على قول الرسول : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه^(١) » ، وعلى أن الأرض كلها ملك للأمة جميعاً العاجز والقادر على السواء ؛ فليس للقادر على ما يتطلبه الإحياء من جهد ومال أن يضع يده على ما يريد إحياءه دون إذن الإمام ، بل لا بد من هذا الإذن حفظاً لحق الفقراء والعاجزين الذين لا يستطيعون إلى ذلك سبيلاً . ونحن نرى أن الحق فى جانب أبى حنيفة كما ذكر الطحاوى وغيره من الفقهاء ، رعاية للصالح العام للأمة جميعاً^(٢) .

٢٦٧ — وبعد وضع اليد على أرض موات لإحيائها ، لا بد من أن يتم ذلك فى مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات يحتجزها فيها لهذا الغرض ؛ فإن أحيائها فى هذه المدة ملكها ، وإلا أخذها الإمام منه وأعطائها لغيره ليعمل على إحيائها ، وفى هذا منفعة للمُخَي وللأمة جميعاً^(٣) .

وعملٌ من أخذ الأرض الموات أولاً لإحيائها ، يسمى فى عرف الفقهاء « بالتَّحْجِير » والأصل فى إجازته وفى تحديده بثلاث سنوات ، قول عمر : « ليس مُتَحَجِّرٌ بعد ثلاث سنين حق^(٤) » وسمى هذا العمل بالتَّحْجِير ، لأنهم كانوا به يحجرون على الغير إحياء ما أخذه أحدهم لإحيائه ، أو لأن هذا كان يُعْلَم ما وضع يده عليه بوضع الأحجار حوله ، فالتَّحْجِير لغة هو الإعلام ، كما جاء فى فتح القدير وهذا الإعلام ، كما يكون بوضع الأحجار حولها ، يكون بأمر أخرى ؛ مثل الفراس أو حفر بئر فيها أو تسويرها بأى شكل كان^(٥) .

(١) مختصر الطحاوى ، ص ١٣٤ — ١٣٥ ، وراجع أيضاً فى هذين الرأيين ، البدائع ، ج ٦ : ١٩٤ — ١٩٥ ؛ فتح القدير ، ج ٨ : ١٣٦ — ١٣٧ ؛ ابن عابدين ، ج ٥ : ٢٨٧ .
(٢) والشافعية لا يشترطون إذن الإمام ؛ بل هو مستحب فقط ، نهاية المحتاج ، ج ٤ : ١٣٩ وكذلك عند الحنابلة لا حاجة لإذن الإمام ، المغنى ج ٥ : ٥٤٣ ، وعند المالكية ، إذن الإمام ضرورى فى القريب من البلد دون البعيد ، المرح الكبير للدردير ج ٤ : ٧٩ .

(٣) مختصر الطحاوى ، ص ١٣٦ .

(٤) نسب هذا القول للرسول ، البدائع ج ٦ : ١٩٤ وانظر كتاب الأموال لابن سلام ص ٢٩٠ .

(٥) ابن عابدين ، ج ٥ : ٢٨٧ .

على أن منع الغير من إحياء ما حَجَّرَ واحد قبله ، هو من باب الديانة فقط ، وإلا فإن من يحى هذه الأرض قبل من حَجَّرَها يملكها لتحقيق سبب الملكية وهو الإحياء منه^(١) . وإلى هذا ذهب الشافعية أيضا^(٢) ، فهو رأى متفق عليه بين جمهرة الفقهاء ويمنع من طمع الطامعين في احتجاز مالا يستطيعون إحياءه . ولهذا ، يرون أن الإقطاع والتعجير لا يصح أن يأذن بهما الإمام إلا للقادر على ذلك ، حرصا على المصلحة العامة .

وعلى كل ، فلا فرق في الإحياء والتعجير بين المسلم والذمي ، بل هما سواء في ذلك ، لعموم قول الرسول : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولأن الإحياء هو سبب الملكية فيستويان في ذلك ، كما يستويان في سائر أسباب الملك الأخرى وإن خالف في ذلك بعض الفقهاء الشافعية^(٣) .

٢٦٨ - والإحياء يكون بجعل الأرض منتفعا بها ، أى يجعلها حية تنتج ، بعد أن كانت ميتة إن كانت أرضا تراد للزراعة ، وذلك يكون بأمر كثيرة ومن هذه الأمور ، جرّ الماء إليها بشق الترع والجداول فيها إن كانت قاحلة ، وتجفيفها إن كانت مُستنقعا وتمهيدها وتسويتها لتكون صالحة للزراعة ، وبالبناء عليها أو زراعتها بالفعل ، وبغير ذلك كله من طرق الإحياء .

ولهذا التنوع في طرق الإحياء ، ذهب الشافعي وابن حنبل في بعض الروايات عنه إلى أنه يكون بأية طريقة يعدها العرف إحياء ، وهذا هو الرأى الأفضل بلا ريب . ثم الغرض من الأرض يختلف باختلاف المراد من استعمالها والانتفاع بها فلا بد أن تختلف طرق الإحياء تبعاً لذلك ؛ فالأرض التي تراد للسكنى ، غير التي

(١) فتح القدير ، ٨ : ١٣٩ ، وانظر ابن عابدين ، ٥ : ٢٨٧

(٢) نهاية المحتاج ، ٤ : ٢٤٦ . وانظر المغنى لابن قدامة ، ٥ : ١٨ - ١٩ ،

وفيه أن حق التعجير يورث عن صاحبه ،

(٣) الهداية ٤ : ٧٩ ؛ نهاية المحتاج ، ٤ : ٢٣٩ - ٢٤٠ ؛ المغنى لابن قدامة

تراد لتكون مَرَعَى ، أو حظيرة للدواب ، أو الزراعة مثلاً^(١) .
وفي كتاب الأموال لابن سلام (ص ٢٩١) أن عمر بن عبد العزيز أجاز
الإحياء بينان أو حرث ، ثم قال ابن سلام : « وأصل الإحياء إنما هو بالماء ،
وذلك كاشتقاق نهر ، أو استخراج عين ، أو احتفار بئر . فإن فعل من ذلك شيئاً ،
ثم ابتنى أو زرع أو غرس ، فذلك الإحياء كله . فإن لم يحدث في الأرض أكثر
من ذلك الماء ، لم يكن له منها إلا الحريم لما أحدث ، ويكون ما وراء ذلك لمن
أحياء وعمره^(٢) » .

ب - الاصطلاح ونحوه :

٢٦٩ — هذا متصل بسابقه ، لأن المراد هنا أن كل من سبق ووضع يده على
شيء مباح صار مالكاً له ، وهذا كما يتحقق في الأرض الموات ، وهي الصورة التي
تكلّمنا عنها آنفاً ، من صور الاستيلاء على المباح ، باعتباره سبباً من أسباب الملكية
يتحقق في صور أخرى هي موضع البحث الآن .

قال كلاً أو الحشيش الذي ينبت في الأرض ، ولو كانت مملوكة لبعض الناس
دون أن يتكلف له أحد شيئاً من الزرع أو السقي أو العناية ، مباح للناس جميعاً ،
ولكل أن يأخذ منه حاجته ، وعلى صاحب الأرض ، إن لم يجد المحتاج لهذه
الحشائش حاجته في موضع آخر غير مملوك لأحد ، أن يأذن له بدخول أرضه ، أو أن
يحتشه له بنفسه ويدفعه له . كما هي الحال في ماء الآبار والعيون والحياض المملوكة^(٣) .

٢٧٠ — وبهذا ، فسر ابن سلام حديث الرسول الذي جعل الناس سواء
في الماء والكلاً والنار ، فيقول : « وذلك أن ينزل القوم في أسفارهم وبواديهم

(١) راجع في هذا ، للفقهاء لابن قدامة ص ٣٨٠ وما بعدها وانظر أيضاً ، نهاية المحتاج ، ج ٤ : ٢٤٥
ونعتقد أن فقهاء المذاهب الأخرى ، بناء على أصولهم ، يحكمون العرف أيضاً هنا ، كما يحكمونه
في مسائل أخرى كثيرة لا يمكن عدّها ،

(٢) وانظر مع هذا ، في الإحياء والتعجير ، كتاب الخراج ليعقوب بن آدم ص ٨٤ وما بعدها

(٣) البدائع ، ج ٦ : ١٩٣

بالأرض فيها النبات الذي أخرجه الله للأنعام ، مما لم ينصب فيه أحد بحرث ولا غرس ولا سقى . فهو لمن يسبق إليه ، ليس لأحد أن يحتظر منه شيئاً دون غيره ، ولكن ترعاه أنعامهم ومواشيهم ودوابهم معاً ، وترد الماء الذي فيه كذلك أيضاً^(١) .

إلا أن الرسول يقول في حديث آخر : « لا يُمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكَلأ » ، وقد رواه ابن سلام أيضاً ، وأخذ منه — بحق — أن هذا الكَلأ لصاحب الأرض وإن كان لم يتكلف له غرساً ولا بذراً . ولكن عليه ، بعد استيفاء حاجته من هذا الماء والكَلأ لشفته وماشيته ، ألا يمنع فضل هذا وذاك للمحتاج له . وفي ذلك يقول ابن سلام ما نصه : وما يبين لنا أنه [أى الرسول] أراد بهذه المقالة أهل الملك ، ذكره فضل الماء وفضل الكَلأ . فرخص صلى الله عليه وسلم في نيل ما لا غناء له عنه ، ثم حظر عليه ما سوى ذلك . ولو كان غير مالك له ، ما كان لذكر الفضول ههنا موضع ، ولكان الناس كلهم في قليله وكثيره شرعاً سواء^(٢) . ثم يقول في الصفحة التالية : « فلهذا ، كرهت العلماء ثمن الكَلأ والماء » ، ولو كان ذلك غير مملوك لصاحب الأرض لكان بيعه حراماً لا مكروهاً فقط^(٣) .

٢٧١ — ونرى أن من الواضح ، بعد ذلك ، أن الأرض لو أعدّها صاحبها لإنبات الكَلأ لتكون مَرعى لماشيته وأنعامه ، كان ما ينبت من ذلك مملوكاً له بلا ريب ، وهذا ما نراه حاصلًا في بعض الجهات أحياناً . وقد يشهد لهذا الرأي الذي نذهب إليه ، أن الكاساني يذكر في علة إباحة الكَلأ ، دون أحطاب الآجام ونحوها . أن الكَلأ غير مقصود من المَرَج المملوك ، بل المقصود هو الزراعة^(٤) .

هذا ، وحكم أشجار الصحارى والجبال والغابات أو الآجام ، يكاد يكون حكم

(١) الأموال ، ص ٢٩٧ .

(٢) المرجع نفسه ، ص ٣٠٠ .

(٣) واجع البائع ، ج ٦ : ١٩٣ ، حيث يذكر الكاساني أن الكَلأ لا يجوز بيعه .

(٤) المرجع نفسه ، ص ١٩٤ .

الكلاً أو الحشائش في جملة وتفصيله ، فذلك كله مباح إن كان في أرض لا يملكها أحد . أما الغابات والآجام في أرض يملكها بعض الناس ، فهي ملك له ؛ فليس لأحد أخذ شيء منها إلا بإذنه ، كما له بيع ما يريد من أخشابها وأحطابها ، لأن صاحب الأرض قصد ذلك من تخصيص الأرض لها ، كما هي الحال في البلاد الغربية التي تسكثر فيها الغابات ويكون منها الأخشاب التي نستوردها ونستعملها فيما ننشئ من أبنية وعمارات ^(١) .

٢٧٢ - والصيد حلال للإنسان في كل حال ، إلا إذا كان مُحَرَّمًا أو كان الطير أو الحيوان المصيد في الحَرَم . والحَرَم منطقة تشمل مكة المكرمة إلى حدود معروفة في كتب الفقه يكون كل من دخله من إنسان أو حيوان آمناً فيه كما جاء في القرآن .

وفي حل الصيد، يقول الله تعالى (٢): «أُحِلَّتْ لَكُم مَيْمَتَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُقْتَلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ»، «وَإِذَا خَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا»، «أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ مَتَاعًا لَكُمْ وَالسَّيَادَةُ، وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا»، ومن هذه الآيات، نرى التفرقة واضحة بين صيد البحر وصيد البر، فالأول حلال دائماً، والثاني حلال في غير الحرم. وغير وقت الإحرام بالحج أو العمرة.

إذا ، الصيد سبب من أسباب الملكية ، لأنه وضع اليد على شيء مباح غير مملوك لأحد ، وهو يتم بالاستيلاء الفعلي على المصيد ، أو بفعل يعجز الطير أو الحيوان ومنه السبك عن الفرار ، وهذا يسمى استيلاء حكماً . وكل هذا يكون بالآلات المعدة للصيد كالشباك والسلاح ، أو ببعض الحيوانات المدربة على الصيد مثل الكلاب والفهود وسائر الجوارح المعلمة .

٢٧٣ — وهناك قاعدة فقهية عظيمة الأثر بتطبيقاتها فيما يختص بالصيد فيحسن

(١) وانظر في الفرق بين كلاً المروج وأشجار الغابات وأحطائها ، البدائع - ٦ : ١٩٤ .

(٢) سورة المائدة المدنية (١ ، ٢ ، ٩٦) .

الإتيان بها هنا ، وهي قاعدة « الأمور بمقاصدها » ، أى بمقاصد فاعليها^(١) . ومن هذه التطبيقات ما نذكره ملخصاً عن المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم^(٢) :

(أ) إذا نصب الصياد شبكته فتعلق بها صيد ؛ فإن كان قد نصبها للجفاف ، فالصيد لمن سبقت يده إليه ؛ وإن كان قد نصبها للصيد ، فهو لصاحبها ، وإن أخذه غيره كان متعدياً غاصباً .

(ب) لو أفرخ طائر ، أو باض في أرض إنسان ، أو اتخذها ظي مثلاً بيتاً له ، كان لمن سبقت يده إليه ، إلا إذا كان صاحب الأرض قد هيأها لذلك ، فإن الصيد يكون له .

(ج) إذا دخل صيد دار إنسان ، فأغلق باب الدار ليأخذه كان مالكاً له ؛ أما إذا أغلقه دون قصد أخذ الصيد ، فلا يكون ملكاً له لعدم النية والقصد .

(د) إذا وقع صيد في حفرة في أرض مملوكة لبعض الناس ، وقد أُعدَّت لهذا ، كان المالك أولى به ، وإلا كان لمن سبقت يده إليه .

(هـ) إذا كان في ساقية شخص أو جدول ونحو ذلك سمك ، لا يمكن أن يمسك من غير صيد ، كان لغيره أن يصطاده ؛ وإلا فهو لملك الساقية أو الجدول ، لأنه ليس صيداً في هذه الحالة .

وأخيراً ، نزيد على ذلك كله ، أن الصيد — كما قلنا — يثبت ملكية المصيد للصائد متى استولى عليه فعلاً ، أو حكماً بأن كان يمكنه إمساكه حين يريد إذا مدَّ يده إليه . أما إذا وقع الطير أو الحيوان في الشبكة ، ثم فرَّ منها قبل حضور صاحبها لأخذه ، كان ملكاً لمن يصيده من جديد ، أى أن ملك الصائد الأول قد زال عنه^(٣) .

(١) انظر في هذه القاعدة وخطرها في الفقه ، الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٦ وما بعدها وهي إحدى القواعد الأربع التي قيل بابتناء الفقه عليها ، وانظر هذه القواعد في شرح الجلال المحلى لجمع الجوامع لتاج الدين ابن السبكي مع حاشية البناني ، ج ٢ : ٢٧٣ ، الطبعة الأولى بالقاهرة عام ١٩١٣ م .

(٢) كتاب المعاملات الشرعية المالية ، طبع المطبعة السلفية بالقاهرة عام ١٩٣٦ ص ٥٠-٥١ .

(٣) انظر في هذا وفي التطبيقات السابقة الأخرى ، البدائع ج ٦ : ١٩٣ - ١٩٤ .

ص - المعادن ونحوها :

٢٧٤ - نريد بذلك الثروة التي في جوف الأرض ، فلا تظهر إلا بالكشف والبحث والتنقيب عنها ، من الميادين والرّكّاز وما يشبه ذلك . ويجب أن نفرق أولاً بين المعادن ، وبين الركاز أو الكنز .

المعادن هي ، على ما يرى بعض الفقهاء والباحثين ، ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة والطبيعة ، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص . أما الرّكّاز ، فهو المال المدفون في باطن الأرض بفعل أصحابه الأولين الداهيين ، أو على أثر حادث من حوادث الطبيعة - زلزال مثلاً - يؤدي إلى طمر بلد في باطن الأرض بما فيها من ثروات مختلفة ، وقد يسمى أيضاً بالكنز .

على أن ابن سلام يذكر في الرّكّاز أقوالاً مختلفة ، فيقول بأنه عند أهل العراق هو المعدن والمال المدفون كلاهما ، وفي رأى أهل الحجاز أنه المال المدفون خاصة ، ثم ينتهي إلى أن الركاز هو المعدن^(١) . ولكن الحق هو التفرقة كما ذكرنا ، وعلى هذا جرى جمهرة الفقهاء ، ففرّقوا بين أحكامهما بالنسبة إلى ما يُعطاه الواجد وإلى الزكاة أيضاً .

فالزّيلعي يبدأ باب الركاز هكذا : « وهو اسم لما يكون تحت الأرض خلقةً أو بدفن العباد ، والمعدن اسم لما يكون فيها خلقة ، والكنز اسم لمدفون العباد^(٢) » . ومعنى هذا أن الركاز يشمل المعدن والكنز ، وأن المعدن والكنز كليهما أخص من الركاز .

٢٧٥ - المعادن أنواع :

(١) ما يقبل الطّرق والسّحب فتعمل منه صفائح وأسلاك ونحوها ، كالذهب والفضة والنحاس والرصاص .

(١) كتاب الأموال ، ص ٣٣٨ ، ٣٤٠ .

(٢) تبين الحقائق ، ج ١ : ٢٨٧ ، ٢٨٨ . ومثل هذا ترى في الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ، ج ٢ : ٤٥ ؛ البدائع ، ج ٢ : ٦٥ .

(ب) ما لا يقبل ذلك ، وهو مع هذا صلب ، كالماس والياقوت .

(ج) المعادن السائلة كالنَّفْط أى البترول والزيوت المعدنية .

٢٧٦ — وعند الأحناف ، كما يذكر الزيلعي ، أن من وجد شيئاً من المعادن ، كالذهب والفضة والحديد والتحاس ، في صحراء أو أرض لا يملكها ، كان الخمسُ لبيت المال ، والباقي للواجد نفسه ، لقول الرسول : « وفي الركاز الخمس » ، والركاز يشمل المعدن والكنز معا . والأمر كذلك عند الصاحبين إذا وجد إنسان شيئاً من ذلك في داره أو أرضه ، وعند الإمام يكون كله له ، ولا خمس فيه . أما الكنز ، فبعد خمس بيت المال يعطى الباقي لمالك هذه الأرض إن كان معروفاً ، وإلا كان لبيت المال لأنه وارث من لا وارث له . وقيل يعطى هذا الباقي لأقصى مالك معروف في الإسلام أو لورثته ، ثم لبيت المال^(١) .

على أن الزيلعي لم يفصل القول كما يجب في هذه الناحية ، على نحو ما فعل علماء الدين الكاساني . وغيره من الفقهاء قد تضاربوا مع أنفسهم في بعض ماقرروه ، كما لاحظ بحق العلامة ابن عابدين^(٢) . ولهذا نجعل مرجعنا الأول هنا هو الكاساني الفقيه المنظم الدقيق في كل كتاباته^(٣) .

٢٧٧ — يبدأ ملك العلماء ، وهذا لقب الكاساني ، بالفرقة بين الكنز والمعدن ويبين أن الركاز يشمل الإثنين ، ثم يفصل الكلام على هذا النحو :

(١) إن كان الكنز إسلامياً ، بأن كان عليه علامة الإسلام ، ووجد في أرض غير مملوكة لأحد كالجبال والمغاور وغيرها ، كان بمنزلة اللقطة ، فيجب على

(١) الزيلعي ، ج ١ : ٢٨٨ — ٢٨٩ ؛ البدائع ، ج ٢ : ٦٦ ، وراجع الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه في باب الركاز الشامل للمعدن والكنز ، ج ٢ : ٤٥ وما بعدها .

(٢) حاشية ابن عابدين ، ج ٢ : ٤٧ .

(٣) راجع البدائع ، ج ٢ : ٦٥ وما بعدها . ومن الخير أن يراجع أيضاً كتاب الأموال لابن سلام ، ص ٣٣٦ وما بعدها .

واجده التعريف به ، ثم الانتفاع به إن كان فقيراً إن لم يظهر صاحبه ، على نحو ما هو معروف في باب اللقطة .

(ب) وإن كان غير إسلامي ، بأن وُجد عليه علامة تدلّ على ذلك ، كان لبيت المال الخمسة ، والباقي للواحد بلا خلاف .

(ج) وإن كان لا يعرف أنه إسلامي أو غير إسلامي ، يعتبر كاللقطة على قول ، وكالغنيمة على قول آخر ، ففيه الخمس ، والباقي له .

(د) وإن كان في أرض مملوكة ، وجب فيه الخمس بلا خلاف ، لحديث الرسول : « وفي الركاز الخمس » . ثم الباقي يكون عند أبي حنيفة ومحمد للمالك ، وعند أبي يوسف يكون للواجد ؛ لأنه غنيمة وصل إليها قبل غيره .

(هـ) والمعدن في الأرض غير المملوكة ، إذا كان مما يطرق ويُسحب كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ، يكون فيه الخمس لبيت المال ، والباقي لمن عثر عليه . وهنا يرى الشافعي أن في الذهب والفضة رُبْع العُشر زكاة ، وفي غيرها لا شيء ، وكله للواجد .

(و) وإن كان مما لا يقبل الطرق والسحب ، كالنحاس والياقوت وسائر الأحجار الكريمة ، يأخذه الواجد كله ، لأنه لا يُخمس في الأحجار لأنها من جنس الأرض ! (ز) وإن كان مائناً بطبيعته كالنُفط ، فلا شيء فيه لبيت المال ، وكله لمن وجدّه ، لأنه كالماء ولا يقصد بالاستيلاء ! على أن الزئبق بصفة خاصة فيه الخمس لبيت المال . ولا ندري وجهاً معقولاً للتفرقة بينه وبين النفط مثلاً ، فكلاهما مائنان بطبيعة .

(ح) أما إذا كان المعدن في أرض مملوكة لبعض الناس ، فلا خلاف في أن أربعة الأخماس ، إن كان مما يخمس ، لصاحب الأرض وإن لم يكن هو الذي وجدّه ؛ لأن المعدن من أجزاء الأرض خلق فيها ومنها ، ولهذا يدخل في بيع قطعة منها بلا تسمية . أما الخمس فهو لبيت المال أياً كان المكان الذي وجد به المعدن عند صاحبيه ، وعند الإمام لاخمس فيه إذا وجدّه من ثمره في داره أو أرضه الخاصة .

٢٧٨ — هذا عرض دقيق موجز لما ذكره علاء الدين الكاساني ، ونعتقد أنه يمثل مذهب الأحناف ، ومنه نرى أنهم نظروا إلى هذه المسألة نظرة أعوزها التوفيق وإصابة الحق من بعض جوانبها . فقد نظروا إلى أنه لا سيادة للدولة إلا على ظاهر الأرض وما عليها ، أما ما في باطنها فهو ملك لهذا الفرد أو ذاك ، نعتي للمالك أو لمن كشف عن هذه المعادن والكنوز . وبذلك ، يضع خير كثير على الدولة وعامة المسلمين إن وضعت هذه الآراء والأحكام موضع التنفيذ .

والمالكية ، وهذا ما نحمد الله لم من أجله ، نظروا إلى الأمر نظرة مغايرة تماما لنظرية الأحناف ، نظرة فيها فهمٌ لسيادة الدولة ، ورعاية لصالح المسلمين جميعا . ذلك ، بأنهم يرون أن ما يوجد من المعادن على عمومها يكون للإمام يقطع لمن شاء من المسلمين انتفاعا لا تملكيا ، أو يجعله في بيت المال ، حتى لا يختص بشيء منها من وجدت في أرضه^(١) . أما الركاز فله الخمس لبيت المال ، وباقيه لواجده إن لم تكن الأرض مملوكة ، أو للمالك الأرض على شيء من التفصيل في تعيين من هو المالك الذي يستحق هذا الباقي ؛ أي أهو المالك الحالي ، أو المالك الأول الذي أحيا الأرض فملكها به ، فإن لم يكن فلورثته^(٢) ؟

٢٧٩ — أما الحنابلة فيفترقون بين المعادن الظاهرة التي لا تحتاج إلى مؤنة في سبيل الوصول إليها ، كالملح والكبريت والياقوت ؛ وبين الأخرى الباطنة التي تحتاج إلى عمل وتسكاليف لاستخراجها ، كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والفيروزج .

الأولى لا يجوز إقطاعها لأحد من الناس يحتجزها لنفسه دون المسلمين ، بل هي للجميع ينتفعون بها فيأخذ كلٌّ حاجته منها . والأخرى لا يملكها من كشفها

(١) الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه السيادة بلفظ السالك لأقرب السالك ،

ج ١ : ٢٥٩ .

(٢) المرجع نفسه ، ص ٢٦٠ — ٢٦١ .

وأحيائها في ظاهر المذهب ، وظاهر مذهب الشافعي أيضا . وقيل يملكها من كشفها لما تجشم في سبيل ذلك من مشقات وتكاليف ، كما يملك الأرض الموات من أحيائها ، وهذا هو قول في المذهبين المذكورين أيضا .

ثم من أحياء أرضاً مواتاً ، ملكها هي وما يكون فيها من معادن ظاهرة أو باطنة إذا كانت جامدة أو سائلة جارية أيضاً على قول ، لأنه بالإحياء صار مالكاً لها بجميع أجزائها ، والمعدن جزء من الأرض بخلاف الكنز الذي لا يملكه بإحياء الأرض الموات التي تحتويه . أما إذا لم يحيا الأرض الموات ، ولكنه سبق غيره إلى معدن ظاهر أو باطن فيها ، كان أحق بما ينال منه لقول الرسول : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » . لكنه لا يصح تمكنه من الإقامة فيه لينع غيره من الإقامة والانتفاع به ، وإلا صار مالكاً لا صاحب حق في الانتفاع فقط كسائر المسلمين^(١) .

وبعد ذلك كله ، نرى أن مذهب المالكية على عمومها يحقق ، أكثر من المذاهب الأخرى ، مصلحة الدولة والمصلحة العامة للمسلمين جميعاً في هذه المسائل الهامة التي من الواجب تنظيمها بما يوافق الصالح العام .

٢٨٠ — وهنا ، نرى القانون المدني قد عرض ، في أسباب كسب الملكية ، إلى الكنز دون المعادن ، فنصت المادة ٨٧٢ منه على ما يأتي :

(١) الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذي وُجد فيه الكنز أو لمالك رقبته .

(٢) والكنز الذي يُعثر عليه في عين موقوفة ، يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته .

وفي الحق ، أن هذه المسألة ، مسألة المعادن والكنوز ، تحتاج لتنظيم أوفى مما نجده في كتب الفقه أو القانون المدني الجديد .

(١) يرجع في جميع ما تقدم إلى المفتي لابن قدامة ، ص ٥٢٠ — ٥٢٤ ، وراجع فيما يختص بالشافعية ، نهاية المحتاج ج ٤ : ٢٥٣ وما بعدها .

٢٨١ - وهناك ، يعد ما تقدم كله ، حلى ومعادن وجواهر يقذفها البحر أو تستخرج منه ، فما الحكم فيها ؟ ساق ابن سلام في ذلك أقوالا مختلفة^(١) ، منها أنه ليس فيها شيء ، وكلها للواجد حتى العنبر واللؤلؤ ، ومنها أن في هذين الخمس لبيت المال ، ومنها أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامله في عمان [على الخليج الفارسي] أن يأخذ على السمك الزكاة إذا بلغت قيمته مائتي درهم وهو النصاب .

ثم يقول : « يذهب عمر ، فيما نرى ، إلا أن ما أخرج البحر بمنزلة ما أخرج البر من المعادن ، وكان رأيه في المعادن الزكاة . . وليس الناس في السمك على هذا ولا نعلم أحداً يعمل به . وإنما اختلف الناس في العنبر واللؤلؤ ، فالأكثر من العلماء على أنه لا شيء فيهما ، كما يروى عن ابن عباس وجابر ، وهو رأى سفيان ومالك أيضاً^(٢) .

ويعلل ابن سلام التفرقة بين حكم معادن الأرض ، وما يخرج من البحر من أموال وثروات مختلفة ، بأن القرآن نفسه فرّق بين صيد البر وميته ، وصيد البحر وميته ؛ فحرّم صيد البر على المتحرّمين ، كما حرّم ميتته ، وأحلّ صيد البحر للمتحرّمين ، كما أحلّ ميتته . وكذلك فرقت السنة بينهما ؛ إذ جعل الرسول في الركاز الخمس ، وسكت عن البحر ، فلم يقل فيه شيئاً ، مع ما كان يخرج منه في عهده ، كما لم يأتنا عن أحد من الخلفاء بعده شيء من وجه صحيح .

٢٨٢ - والأمر عند الأحناف ، بصفة خاصة ، لا يفترق عما ذكره ابن سلام فقد ذهب الطرفان ، « أبو حنيفة ومحمد » ، إلى أنه لا شيء في الخارج من البحر لبيت المال ، وجميعه لواجده ، أو لمن استخرجه منه ، وذلك الحكم سواء في كل الثروات البحرية ، كالسمك واللؤلؤ والمرجان والعنبر وكل حلية أخرى تستخرج من البحار . وتعليل ذلك عندهما أن يد الكفار لم تثبت على باطن البحار ، فلم يكن الخارج منها

(١) كتاب الأموال ، ٣٤٥ - ٣٤٨ .

(٢) كتاب الأموال ، ص ٣٤٧ .

مأخوذاً بطريق القهر لهم كما هو الأمر في ظاهر الأرض ، وإذا لا يكون غنيمة فلا خمس فيه .

وعند أبي يوسف ، في كل ما خرج من البحر من الحلى والجواهر ، الخمس لبيت المال ، والباقي لمن وجده ، أو عمل على استخراجه . ويستدل لما يرى بأن عمر ابن الخطاب كتب لعامله وجد لؤلؤة بأن فيها الخمس ، وبأن الكفار كانوا يملكون الأرض كلها لا فرق بين البر والبحر ، فيكون كل ما يصير من ذلك إلينا غنيمة ، وفي الغنائم الخمس باتفاق^(١) . وربما كان هذا الرأي هو الحقيق بالاتباع ؛ وذلك لما فيه من مصلحة الدولة والصالح العام .

٢ - العقود الناقلة للملكية

٢٨٣ - العقود التي تعتبر سبباً من أسباب الملك التام كثيرة : البيع ، الهبة ، الوصية ، الصلح ، الزواج إذا كان المهر عيناً من الأعيان ، الطلاق على مال ، والإجارة إذا كانت الأجرة عيناً كذلك ، وغيرها .

وهذا السبب لا يعتبر سبباً ناقلاً للملكية إلا فيما للمسلم أن يملكه ، نفي في الأموال المقومة ؛ فلا يكون في المباح من الأموال ، ولا فيما لا يجوز الانتفاع به شرعاً في الأموال العادية كالخمر والخنزير . إذ كون المال مباحاً ، ينافي أن يكون مملوكاً لمن يريد بيعه أو هبته مثلاً ؛ والخمر والخنزير ونحوهما ، محرم أن يملكهما المسلم بالشراء ، أو الهبة ، أو بأي سبب آخر من أسباب الملكية .

٢٧٤ - ونشير الآن ، من باب التمثيل ، إلى بعض تلك العقود :

(١) الزواج على مبلغ معين من المال ، أو على هذه الدار مثلاً ، فبتمام العقد بالإيجاب والقبول يصير المهر ملكاً تاماً للزوجة .

(١) أنظر في عرض هذين الرأيين ودليل كل منهما ، البدائع ج ٢ : ٦٨ .

(ب) وإذا تراضى الزوجان على الطلاق على مال معلوم ، وهذه حالة الخلع ، وتم الطلاق فعلا ، صار ذلك المال الذى يُسمى ببدل الخلع ملكا للزوج .

(ج) هبة هذا الشيء لفلان ، وقبول فلان الهبة ، وتسلمه الموهوب ، يجعله ملكا له ، ومثل ذلك دفع صدقة للفقير ، فتصير مملوكة له .

(د) من يوصى مثلا بسيارته للإسعاف ، أو بداره لتكون مستشفى بعد وفاته ، أو بقطعة من الأرض لطلبة الأزهر أو الجامعة ، ثم يموت الموصى مصرًا على الوصية ويقبل الموصى لهم ، يكون الشيء الموصى به ملكا لهم ، متى كان لا يزيد عن ثلث التركة ، أو كان يزيد ورضى الورثة بالوصية .

حـ - الميراث

٢٨٥ - هذا سبب طبيعى ينقل ملكية تركة الميت إلى ورثته ، دون حاجة لعقد أو قبول منهم ، كما هو معروف ومشاهد كل يوم ؛ فالوارث خليفة المورث فيما خلف من مال عقارى أو منقول ، وفيما ترك من ديون . ولهذا ، يجب أولا دفع الديون التى على المتوفى من تركته ، ثم تنفيذ وصاياه الجائزة ، وبعد هذا وذاك تقسم التركة بين الورثة .

على أنه ليس معنى خلافة الوارث للمورث فى التركة والديون ، أن على الوارث تسديد ديونه التى لا تكفى التركة للوفاء بها ، بل المراد أنه لا يستحق شيئا من التركة إلا بعد أداء ما عليها من دين ؛ فإن لم تف التركة بها لم يكن عليه أداء الباقي من ماله الخاص .

٢٨٦ - ذلك ، ونحتم هذا الباب بذكر أن الملك الذى يثبت بواحد من تلك الأسباب المتقدمة ، أو بأى سبب آخر ، هو ملك تام حقا ، فلا يزول عن صاحبه

بغير رضی منه . ولكن . هناك أحوال استثنيت من هذا الأصل ، فتزول فيها الملكية جبراً عن المالك وهي :

(أ) إذا اقتضى ذلك المنافع العامة ، كالطرق والجسور والمصارف وتوسيع دور العبادة ونحو هذا كله فإنه في حالة من هذه الأحوال وأشباهاها ، ينزع الضروري من الأملاك الخاصة للمصلحة العامة ، ويعطى صاحبه قيمته ، ولو كان غير راض . وقد فعل عمر بن الخطاب ذلك حين أراد توسيع المسجد الحرام بمكة ، واقتدى به عثمان بن عفان مرة أخرى . ونحن هنا بمصر ، نشاهد كل يوم حالات من هذا النوع تزول فيها الملكية الخاصة ، جبراً عن المالك ، في سبيل المصلحة العامة .

(ب) ويتصل بهذه الحالة ، ما تم أخيراً عندنا بمصر من إصدار قانون بتحديد الملكية بمائتي فدان ، فإنه بهذا القانون صار كل من كبار الملاك مرغماً على بيع ما زاد على هذا القدر للآخرين من المزارعين . وهذا ، وإن كان تشريعاً مدنياً إلا أن له سنده القوي من الفقه وشريعة الإسلام ، كما له سنده مما فعله الخلفاء الراشدون أنفسهم ، وقد أشرنا إلى ذلك فيما سبق عند الكلام على المصالح المرسلة في مذهب الإمام مالك ابن أنس .

(ج) إذا كان إنسان مديناً مطلقاً وامتنع عن وفاء ما عليه من دين بغير حق ، يبيع القاضي من ماله ما يوفي به الدين جبراً عنه عند الصاحبين . وإن كان أبوحنيفة لا يرى ذلك ، لأن البيع في هذه الحالة جبراً عن المدين يعتبر حَجْراً عليه ، ولا يُحَجَّر على المدين في رأيه احتراماً لإنسانيته ، ولكن للقاضي حبه حتى يؤدي الدين أو يظهر إعساره فيُطْلَقه ويُنْظَره إلى مَيْسَرَةٍ (١) .

(د) الشُّفْعَة ، فهي سبب من أسباب الملكية كما تقدم ، التي تميز لمن له الحق تملك العقار الذي اشتراه آخر ، وذلك بما قام عليه من ثمن وتكاليف أخرى .

(١) سيجي . بحث هذين الرأيين مفصلاً في موضعه . من القسم الثالث من الكتاب .

وستنكم الآن على هذا السبب من أسباب الملك التام ، بعد أن تكلمنا فيما سبق

على الأسباب الأخرى .
الوجه (١٤/٦/٥٤)

المر ١ (٥٤/٥/٥٤)

< نقله ، (٥٤/٦/٥٤)
المر ١ (٥٤/٥/٥٤)

٢٨٧ — الكلام في الشفعة يتطلب ، بعد تعريفها ، مباحث مختلفة ، وأهم

هذه المباحث ما يأتي :

(١) دليل شرعيتها ، وحكمة تشريعها .

(ب) موضوع الشفعة .

(ج) من هو الشفيع .

(د) شروطها .

(هـ) إجراءاتها .

(و) تراحم الشفعاء وغيبة بعضهم .

(ز) تصرفات المشتري في المشفوع فيه .

(ح) ما يسقط به حق الشفعة .

تعريفها

٢٨٨ — كلمة « الشفعة » مأخوذة من الفعل « شفع » أى ضم أو زاد ؛ لأن

من له حق الشفعة — وهو الشفيع — يضم ما يملكه بهذا الحق إلى ملكه ويزيده عليه ، فالمناسبة بين المعنى اللغوي والمعنى الشرعي ظاهرة ، لأن تعريف الشفعة في اصطلاح الفقهاء هو تملك العقار^(١) المبيع جبراً عن المشتري ، مما قام عليه من ثمن وتكاليف ، مثل رسم التسجيل والنفقات الأخرى .

وهذا التعريف هو عند جمهرة الفقهاء ، الأحناف وغيرهم من المذاهب الأربعة المعروفة ، أما عند الظاهرية فيعتبر تعريفاً غير جامع ، لأنه لا يشمل الشفعة

(١) والعقار الذي يريد الشفيع تملكه بالشفعة ، يسمى المشفوع فيه ، والذي بسببه يطلب الشفعة يسمى المشفوع به .

غيا إذا كان المبيع منقولاً ، والشفعة عند الظاهرية تثبت في المنقول كما تثبت في العقار على ما سيجيء بيانه .

٤- دليلها ومكتمرها :

٢٨٩ - ثبت حق الشفعة شرعاً لمن له هذا الحق بأحاديث غير قليلة للرسول صلى الله عليه وسلم ، منها قوله : « جار الدار أحق بالدار » ، وقوله : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً » ، وقوله : « الجار أحق بسقبة » ، والسقبة بالصاد والسين محركتين القرب ، ومعناه ما يلاصق ملكه . ومنها أيضاً ما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله ، قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصُرِّفت الطرق فلا شفعة ^(١) » . فهذه الأحاديث وأمثالها ، تدل على أن هذا الحق ثابت في الشريعة الإسلامية للشفيع ، وإن كان لذلك شروط وتفاصيل سيأتى بيانها . ونظام الشفعة هو أحد النظم التشريعية التي يمتاز بها الفقه الإسلامي ، وهو نظام لا بد منه إذ يمنع كثيراً من الضرر ويدفع غير قليل من الخصومات .

٢٩٠ - ذلك بأن حق تملك الشفيع العقار الذي اشتراه أجنبي ، يدفع عنه ضرر حلول شريك أو جار جديد محل شريكه أو جاره الحالّي فيما يملكه . ومن المعروف أن من أصول الإسلام أنه « لا ضرر ولا ضرار » كما يقول الرسول ، وأن أدنى حقوق الجار على جاره ألا يتسبب في ضرره ، وقد أوصى القرآن والرسول برعاية الجار وإكرامه والإحسان إليه .

من أجل هذا كله ، لنا أن نقول : إن ثبوت حق الشفعة للشفيع جبراً عن المالك يتفق وأصول الشريعة وغايتها ، هذه الأصول التي تحتم رعاية المصلحة

(١) هذه الأحاديث توجد في كتب الفقه المتداولة في باب الشفعة ، وراجع الزيلعي ، ج ٥ :

العامّة ، لا رعاية مصلحة فرد وحده . ولذلك ، صح للشفيع تملك العقار المبيع مثلاً جبراً عمن اشتراه ، وإن كان الأصل في البيع والشراء رضا المتعاقدين .

وهذه المعاني ، هي التي جعلت واضع التشريع المدني يثبت هذا النظام الإسلامي في تشريعه ويعمل على تنظيمه ، وذلك بالمواد ٩٣٥ — ٩٤٨ من القانون المدني الجديد ، بعد إدخال ما رآه يتفق والصالح في هذا الزمن الحاضر من تعديلات عما هو معروف في كتب الفقه الإسلامي .

٢- موضوع الشفعة :

٢٩١ — لا شفعة إلا في العقار وما يتصل به عند جبهة الفقهاء ، على شيء من الاختلافات اليسيرة في ذلك بينهم ، فلا شفعة في المنقول كحيوان وأحطاب وأى متاع آخر ، حتى إن بيع مع العقار^(١) .

وقد نظر من ذهب إلى هذا الرأي من الأحناف ، إلى أن الشفعة شرعت على خلاف القياس رعاية للمصلحة ، وما شرع كذلك لا يتوسّع فيه بل يقتصر على موضع الضرورة . ذلك ، بأن الأصل أن يكون المرء يشتري أو يبيع ما شاء . لمن شاء ؛ إلا أن من أصول الشريعة دفع الضرر ورفعته متى وقع ، ومن حق الشريك أو الجار على مثله ألا يؤذيه بجلب آخر دخيل بشركه أو يجاوره فيما يملك .

وكان المنطق لذلك أن يثبتوا الشفعة في المنقول المبيع استقلالاً ، لكنهم رأوا أن يقفوا في إثبات حق الشفعة على ما جاءت به شريعة الرسول ، لما فيه من الحدّ من حرية البائع والمشتري ، ولأن الأصل في انتقال المال من يد إلى أخرى هو الرضا والاختيار بين المالكين . وفي هذا يروون أحاديث عن رسول الله ، ومنها

(١) انظر مختصر الطحاوي (ص ١٢٠) : « ولا شفعة فيما سوى الدور والأرضين ، والشفعة في ذلك مقسوماً كان أو مشاعاً » ؛ البدائع ، ح ٥ : ١٢ — ١٣ ؛ ابن عابدين ، ح ٥ : ١٤٢ — ١٤٣ . نهاية المحتاج للرملي الشافعي ، ح ٤ : ١٤٢ — ١٤٣ ؛ الوجيز للغزالي ، ح ٢ : ٢١٥ . الشرح الصغير للدردير المالكي ، ح ٢ : ٢٤٩ .

قوله : « لا شفعة إلا في ربيع أو حائط » ، أى دار أو بستان ؛ سواء أكان العقار مما يحتمل القسمة أم لا يحتملها كالدار الصغيرة والحمام والطاحونة والبئر . فى حين يرى الشافعى أن هذا الحق لا يثبت إلا فى عقار يحتمل القسمة ، لأنه لا يمكن حينئذ أن يطالب المشتري الدخيل بالقسمة وهى مظنة ضرر الشريك الذى لم يبيع له شريكه ، فلا ضرر عليه إذا لبقاء الحال كما كانت ^(١) .

٢٩٢ - والحنابلة ، كالأحناف والشافعية والمالكية ، لا يرون الشفعة إلا فى العقار فقط ، وبشرط أن يكون قابلاً للقسمة كما يرى الشافعية . لكنه روى عن الإمام ابن حنبل نفسه ، أن الشفعة تثبت فى العقار الذى لا يُقسم أيضاً لأنه يتأبد ضرره ^(٢) ، أما فيما يقسم فإن الضرر يزول بقسمة الشريك مع المشتري المالك الجديد . وإن كانت الرواية الأولى ، وهى التى لا تجعل الشفعة إلا فيما يُقسم من العقار ، هى ظاهر المذهب على ما جاء بكتب الحنابلة ^(٣) .

على أنه ، قد روى عن الإمام أحمد رواية أخرى تميز الشفعة فى المنقول أيضاً ؛ فقد سئل عن الدابة من الحيوان ، تكون بين رجلين ، فأراد أحدهما بيع نصيبه منها ، فقال : الشفعة فى هذا أوكد . وقد نقل هذا رأى عنه ، واستدل له بالعقل ، وبما نقل من الأحاديث الصّحاح الإمام ابن القيم المتوفى عام ٧٥١ هـ . وعلى هذه الرواية لا تكون الشفعة فى العقار الذى لا ينقسم فقط ، بل فى كل مبيع ، ولو كان منقولاً ، متى كان مشتركاً بين البائع وغيره ، لما جاء عن الرسول : « قضى رسول الله بالشفعة فى كل شئ » ^(٤) .

٢٩٣ - وتلك النظرة التى ترى أن حق الشفعة ثبت على خلاف الأصل

(١) الوجيز ، الموضع السابق ؛ نهاية المحتاج ، ج ٤ : ١٤٤ . وهذا هو الرأى المشهور عند المالكية ، راجع الشرح الصغير للدردير ج ٢ : ٢٥١ .

(٢) المغنى لابن قدامة ؛ ج ٥ : ٢٨٩ .

(٣) كشف القناع ، ج ٢ : ٣٧٨ ؛ وانظر أيضاً المغنى فى الموضع السابق :

(٤) إعلام الموقعين ، ج ٢ : ٢٨٩ وما بعدها .

لمعارضته حرية المالك والمشتري ، ولهذا تضيق منه فلا تجعله إلا في العقار وتوابعه المتصلة به اتصال قرار ، هي النظرة التي صدر عنها واضع القانون المدني الجديد .

جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية لهذا القانون ، أنه « استقر الرأي على إبقاء حق الشفعة سبباً لكسب الملكية (لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءاً من التقاليد القانونية للبلاد) . هذا ، إلى ما للشفعة من فائدة في جمع ما تفرق من حق الملكية ، كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة . على أن المشروع إذا كان قد انتهى إلى استبقاء الشفعة ، فقد عمل من ناحية أخرى على التضيق في الأخذ بها ، إذ هي قيد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه . ضيق المشروع في الشفعة من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات ، فأورد في الموضوع ثلاثة أحكام تقيد منها . . . وحذف من المشروع الجوار كسب من أسباب الأخذ بالشفعة^(١) . وعالج من ناحية الإجراءات مسألة هامة بروح التضيق في الأخذ بالشفعة ، فأوجب على الشفيع أن يودع الخزينة مبلغاً يساوي الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع^(٢) . »

٢٩٤- هذا ، وروح التضيق الذي استوحاها واضع هذا القانون ، لا معنى لها فيما نرى ، وذلك من ناحيتين :

(١) إن هذه الحرية التي يُحرص على توفيرها بقدر الإمكان للمالك والمشتري ، لا تضارّ بشيء إذا جعلنا الشفعة تثبت في المنقول كما تثبت في العقار ؛ لأنه يجب أن يستوى عند المالك أن يبيع للأجنبي أو للشريك^(٣) ، ما دام الثمن الذي يدفعه له هذا لا يقل بحال عن الثمن الذي يدفعه له ذاك ، وكذلك المشتري لن يُضرّ بشيء ؛ لأنه هو المتعدّي على حق الشريك ، وسيسترد ما دفع من ثمن وغيره .

ولأن الحرية يجب أن تقيد ألا تضر بالغير ، ومن الضرر بالشريك في المبيع

(١) وهنا نلاحظ ، أن القانون استقر أخيراً على اعتبار الجوار سبباً للأخذ بالشفعة .

(٢) ٦ : ٣٤٣ - ٣٤٤ .

(٣) لم نقل : والجار ، لأنه لا يتصور جوار في المنقول .

أن يبيع له شريك آخر لا يرضاه . ومن ثمَّ يكون من العدل ورعاية مصلحة الجميع أن تثبت الشفعة في العقار والمنقول ، وهذا هو مذهب طائفة كبيرة من رجال الفقه كما سنعرف قريباً .

ب ومن ناحية أخرى ، يجب أن ننظر إلى علّة أو حكمة شرع الشفعة ، وهذه الحكمة ليست إلا دفع أذى الدخيل الأجنبي عن صاحب حق الشفعة ، على اختلاف المذاهب والآراء . ومن المسلم فقهاً ومنطقاً أن الحكم يدور مع علّته وجوداً وعدماً ، وربما لا يقلّ ضرر الدخيل في المنقول ، عن ضرره إذا كان المبيع عقاراً ، وسيجىء لهذا زيادة إيضاح عند الكلام على مذهب الظاهرية ومن إليهم .

٢٩٥ — وإذا كان الأحناف والشافعية ومن ذهب مذهبهم من الحنابلة ، لم يميزوا الشفعة إلا في العقار ، وما يتصل به اتصال قرار من المنقول ، وقد استوحاهم في ذلك واضع القانون المدني كما رأينا ، فإن المالكية وسّعوا قليلاً من نظرهم ، فأجازوها في بعض المنقول ، وإن بيع مستقلاً عن العقار .

فالإمام مالك رضى الله عنه يرى وجوب الشفعة في السفن ، لأن السفينة كما يقول تتخذ مسكناً مثل الدار ، فتجب فيها الشفعة كما تجب في المسكن الآخر وهو العقار^(١) . ويرى المالكية بصفة عامة الشفعة في بعض ما هو منقول ، غير السفن ، وإن لم يكن متصلاً كالبناء والشجر بالعقار اتصال قرار ، وذلك مثل الفواكه والخضر .

٢٩٦ — ومن هنا ، نجدهم يقولون بالشفعة في القثاء والبطيخ والخيار ونحوها ، وفي الباذنجان والبقول الأخضر ، ونحو هذا كله مما له أصل يبقى في الأرض وقتاً ما ، وذلك إذا باع أحد الشريكين شيئاً منه ولو مفرداً عن أصله^(٢) .

(١) البدائع ، ٥ : ١٢ .

(٢) الشرح الصغير للدردير ، ٢ : ٢٥٢ ، شرح أبي عبد الله الحرشي على خليل ،

ولعلمهم ذهبوا إلى الشفعة في أمثال هذه الأشياء ، ولم يروها في كل منقول ، لأن الأصل عندهم أن الشفعة لا تجب إلا في ثلاثة أنواع : العقار كالـ دور والـ حوانيت والبساتين ، وما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا يُنقل ولا يُحوّل كالبناء والشجر ، وما يتعلق بهذه كالتّمار . وما عدا ذلك ، من العُروض والحيوان ، لا شفعة فيه ^(١) .

٢٩٧ — أما الذين توسعوا إلى أقصى الحدود في إيجاب حق الشفعة للشفيع ، فهم الظاهرية أتباع داود بن علي شيخ أهل الظاهر ، ثم ابن حزم من بعده ^(٢) . إنهم ذهبوا إلى وجوب الشفعة لصاحبها في كل مبيع ، عقاراً أو منقولاً ، سواء أكان المنقول متصلاً بالعقار أم لا صلة له مطلقاً به .

وفي هذا يقول ابن حزم ما نصّه : « الشفعة واجبة في كل جزء يبيع مُشاعاً غير مقسوم بين اثنين فصاعداً ، من أي شيء كان ، مما ينقسم ؛ من أرض ، أو شجرة واحدة فأكثر ، أو عبد أو أمة ، أو من سيف ؛ أو من طعام ، أو من حيوان ، أو من أي شيء يبيع . لا يحل لمن له ذلك الجزء ، أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه . فإن أراد من يشركه فيه الأخذ له بما أعطى فيه غيره ، فالشريك أحق به ؛ وإن لم يُرد ، فقد سقط حقه ولا قيام له بعد ذلك إذا باعه ممن باعه . فإن لم يعرض عليه كما ذكرنا ، حتى باعه من غير من يشركه فيه ، فمن يشركه مخير بين أن يُتمضى ذلك البيع ، وبين أن يُبطله ويأخذ ذلك الجزء لنفسه بما يبيع به ^(٣) » .

٢٩٨ — هذه الجملة الموجزة ، تجمع أصول مذهب الظاهرية في هذه المشكلة ، مشكلة الشفعة ، وفيها تكون . إنها تكون عندهم في كل شيء يبيع كما رأينا ، بشرط أن يكون البيع جزءاً مشاعاً في كل ، فهي إذاً للشريك لا لغيره . كما أنهم رأوا ما لم يره الفقهاء الآخرون من ناحية أخرى ، نعى إيجاب عرض الشريك الذي يريد

(١) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد الفيلسوف ، ٢ : ٢٥٤ — ٢٥٥ .

(٢) توفي داود عام ٢٧٠ هـ ، وابن حزم عام ٤٥٦ هـ .

(٣) المحل ، في المسألة رقم ١٥٩٤ ، ٩ : ٨٢ — ٨٣ .

بيع حصته الأمر على شريكه قبل البيع ، وإلا كان آثماً . كما أنهم أجازوا لصاحب حق الشفعة إسقاط حقه فيها قبل البيع ، خلافاً لغيرهم كما سيأتي .

ويستدل ابن حزم بعد هذا ، لما يرى استدلالاً قوياً من وجوه عدة : بأحاديث الرسول أولاً ، ثم بالعقل ثانياً ، ناظرًا إلى حكمة تشريع الشفعة التي توجب تعميمها في كل مبيع مهما يكن .

٢٩٩ — فالآثار متواترة ظاهرة لإثبات ما يقول ، ومنها ما رواه جابر وابن عباس ، عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، بأن الشفعة في كل مال ، وفي كل شيء ، وفي كل ما لم يقسم . وما رواه ابن أبي مليكة من أن الرسول قضى بالشفعة في كل شيء : الأرض والدار والجارية والخادم ، إلى أحاديث وآثار أخرى صحيحة في رأيه وتشهد لمذهبه .

ومن باب العقل ونظره ، نراه يقول^(١) : « لا تخلو الشفعة من أن تكون من طريق النص كما نقول نحن ، أو من طريق النظر كما يقول المخالفون . فإن كانت من طريق النص ، فهذه النصوص التي أوردنا لا يحل الخروج عنها ؛ وإن كانت من طريق النظر ، كما يزعمون أنها جعلت دفعاً للضرر عن الشريك ، فالعلة بذلك موجودة في غير العقار كما هي موجودة في العقار بل أكثر ، وفيما لا ينقسم كوجودها فيما ينقسم ، بل هي فيما لا ينقسم أشد ضرراً^(٢) » .

٣٠٠ — ثم ، تراه لا ينسى الرد على ما استدلل به المخالفون ، على شرط أن يكون الشيء المشفوع فيه عقاراً . فهو يرى مثلاً أن ما روى عن الرسول من أن الشفعة في كل شرك : في أرض أو ربيع أو حائط ، ليس فيه أنه لا شفعة إلا في هذا فقط ، وإنما فيه إيجاب الشفعة في هذه الأشياء دون التعرض لكون ما عداها فيه الشفعة أولاً .

(١) المحلى ، ٩ : ٨٤ — ٨٥ .

(٢) بهذا يرد ابن حزم على من شرط أن يكون المشفوع فيه قابلاً للقسمة ، على ما تقدم .

يجب إذاً ، كما يرى ، طلب حُكم ما عدا هذه الأشياء من نصوص أخرى كالتى ذكرنا بعضها ، ومن القياس أيضاً . وفى ذلك يقول : كيف ، والخفزيون والمالكيون والشافعيون المخالفون لنا فى هذا أصحاب قياس يزعمهم ! فهلاً قاسوا على حكم الأرض والخائط والبناء سائر الأملاك بعلّة الضرر ودفعه^(١) !

٣٠١ — هذا ، ومن الحق أن نقول بثبوت حق الشفعة فى حقوق العقار كالشرب والطريق الخاصين ، وبذلك يمكن جمع ما تفرق من حق الملكية ، إذا أجزى للإنسان أن يملك بطريق الشفعة ما للعقار المملوك له سابقاً من حق الشرب والطريق الخاصين . إلا أن من أجاز ذلك من الفقهاء ، قيدوه بشروط وأحوال خاصة .

ففى نهاية المحتاج للرّملى ، أن الصحيح ثبوت الشفعة فى الممر بما يخصه من الثمن ، إن كان للمشتري للممر الخاص المشترك طريق آخر إلى داره ، أو أمكن من غير مؤنة وضرر عليه الوصول لداره من طريق آخر ؛ وإلا ، فلا تثبت الشفعة فى الممر ؛ لما فى ذلك من ضرر المشتري ، والشفعة شرعت لدفع الضرر فلا يزال ضرر بآخر^(٢) .

٣٠٢ — وأخيراً ، وتطبيقاً لمذهب ابن حزم ، نرى أن للشريك فى شيء من الماشية كما يحصل فى القرى ، أو فى سيارة أو كشك لبيع صحف ، أو أدوات وآثاث قهوة أو دار للخيالة (السينما) نرى أن للشريك فى شيء من هذا ونحوه ، الشفعة إذا باع شريكه نصيبه من أجنبي ، ما دام سيدفع الثمن نفسه الذى دفعه الأجنبي الآخر .

وتعلّل المالك ، الذى يريد البيع الأجنبي فى هذه الحالات ، بحريته فى التصرف وفى البيع لمن يريد ، يعتبر تعنتاً لا ينبغى أن تُعين عليه الشريعة بأية حال . وبما ينبغى أن نلاحظه هنا ، أن القول بثبوت حق الشفعة فى المنقول مطلقاً كما فى العقار ،

(١) المحلى ، ٩ : ٨٥ : ٨٦ : ٨٧ .

(٢) ٤ : ١٤٥ . وانظر مثل ذلك عند الحنابلة ، كشف القناع ٢ : ٣٧٨ .

ليس مذهب أهل الظاهر وحدهم ، بل هو — كما ذكرنا من قبل — رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ، وقول أهل مكة أيضاً^(١) .

حـ — من هو الشفيع :

٣٠٣ — والآن ، من الذى له حق الشفعة ؟ أهو الشريك فى المبيع ، أو حق من حقوقه كالشرب والطريق الخاصين ؟ أم الجار أيضاً مع هذا الشريك ؟ هذه المسألة أثارت خلافاً شديداً بين الفقهاء من ناحية ، وبينهم وبين واضع القانون المدنى من ناحية أخرى .

ولكل من أصحاب المذاهب الفقهية أدلته التى يلجأ إليها . وغالب هذه الأدلة أحاديث وآثار يروونها ويجدها صحيحة ، ثم يتبعها بما يبررها من ناحية التعليل العقلى . وعليه — بعد هذا وذاك — أن ينظر إلى أدلة خصمه من الأحاديث فيردّها أو يؤوّلها ، حتى تتفق مع مذهبه ، ومن نظر العقل فيقابلة بنظر عقلى آخر .

٣٠٤ — فعند الأحناف ، يثبت هذا الحق للشريك فى المبيع نفسه ، ثم للشريك فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة ، ثم للجار إن لم يكن للبائع شريك فى هذا أو ذاك . وفى ذلك كله يقول الإمام أبو جعفر الطحاوى :

« وأولى الشفعاء بالمبيع الشريك الذى لم يقاسم ، ثم يتلوه الشريك الذى قاسم وبقيت له شركة فى الطريق ، ثم يتلوه الجار الملاصق^(٢) » . وهذا المذهب نجده فى كل مؤلفات الأحناف المتقدمين والمتأخرين ؛ لأن علة إثبات حق الشفعة للشريك ، توجب ثبوته للجار أيضاً^(٣) . وهم يستدلون فى ذلك بالأحاديث التى سبق أن ذكرنا

(١) إعلام الموقعين ، ٢ : ٨٧ ؛ المحلى ، ٩ : ٨٦ . وهنا ينبغي أن نشير إلى أن المادة ٨٣٣ من القانون المدنى الجديد ، جعلت للشريك فى المنقول الشائع أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبي . وليس هذا ، فيما نرى ، إلا مذهب ابن حزم فى تقريره حق الشفعة للشريك فى المنقول المملوك على الشيوع .

(٢) مختصر الطحاوى ، ص ١٢٠ .

(٣) انظر البدائع ، ٤ : ٥ — ٥ : ٥ ؛ الهداية للفرغينانى ، ٤ : ١٨ — ١٩ ؛ ابن عابدين ،

٥ : ١١٤ — ١٢٥ . وراجع البسوط للسرخسى ، ١٤ : ٩٢ — ٩٤ .

بعضها ، وفيها دلالة على حق الجار في الشفعة ، وبأن حكمة شرعية الشفعة للشريك تظهر أيضاً في حق الجار دفعا للضرر عن الإثنين .

٣٠٥ — أما الجمهور الأعظم من الفقهاء ، نعتي الشافعية والمالكية والحنابلة وأهل الظاهر ، فقد أجمعت كلمتهم على أن حق الشفعة ليس إلا للشريك في ذات المبيع ؛ فلا شفعة عندهم للخليط أو الشريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع ، ولا للجار أيضاً ؛ ذلك ، بأن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل كما يقال ، فلا يصح التوسع فيها ، بل يجب الوقوف فيها على ما ورد به النص . وفي هذا ، يروون أحاديث كثيرة ، منها : « قضى رسول الله بالشفعة فيما لم يُقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .

ونذكر لإثبات هذا الرأي ، من علماء الشافعية الإمام الغزالي إذ يقول : « فلا شفعة للجار عندنا وإن كان ملاصقا » ^(١) . والرملي يصرح بهذا أيضاً ، فيقول ولا شفعة إلا للشريك في العقار المأخوذ ولو ذمياً ^(٢) ، ويوجب تأويل الأحاديث التي جاءت في إثباتها للجار ، وذلك بجعلها على الشريك ؛ لأن ملك كل شريك مجاور للملك صاحبه ، فكل منهما جار للآخر ^(٣) .

٣٠٦ — وقد عرض الإمام ابن القيم هذه المسألة عرضاً طيباً وافياً ، فذكر كل رأى واستدلال أصحابه له ، مُبيناً أن الكل يجري وراء الضرر الذي أراد الشارع دفعه بتشريع الشفعة . فمنهم من رأى أن الشارع أراد دفع ضرر الشريك إذا باع لغير شريكه ، « وقد فرق الله بين الشريك والجار شرعاً وقدرًا ، ففي الشركة

(١) الوجيز ، ١ : ٢١٥ ..

(٢) نهاية المحتاج ، ٤ : ١٤٥ .

(٣) راجع عند المالكية ، الفرح الصغير للدودير ، ٢ : ٢٤٩ — ٢٥٠ ؛ الحرشي

على خليل ، ٦ : ١٦١ — ١٦٢ . وانظر عند الحنابلة ، كشف القناع ، ٢ : ٣٧٥ ؛

الغني لابن قدامة ، ٥ : ٢٨٥ . وانظر عند الظاهرية ، المحلى لابن حزم ، ٩ : ٨٢ —

٨٣ ، ١٠٢ وما بعدها .

حقوق لا توجد في الجوار . . فلم يحجز إلحاق الجار بالشريك وبينها هذا الاختلاف^(١) والنتيجة أن الشفعة للشريك وحده .

كما تكلم عن الآخرين الذين يرون حق الشفعة للشريك والجار ، لا للأول وحده ، فإن الجار قد يسيء الجوار غالباً وكثيراً ، فيُعْلَى الجدار ويتبع العثار ، ويمنع الضوء ، ويشرف على العورة ويطلع على العثرة ، ويؤذى جاره بأنواع الأذى ، ولا يأمن جاره بوائقه ، وهذا مما يشهد به الوقع^(٢) وإذا ، فلدفع هذا الضرر الذي ربما لا يقل عن ضرر الشريك ، تكون الشفعة للجار أيضاً .

٣٠٧ — ثم انتهى ، بعد أن عرض هذين الرأيين ، إلى رأى وسط وهو إثبات الشفعة للجار إن كان مع جواره شريكاً أيضاً في حق من حقوق الارتفاق الخاصة مثل الطريق أو الشرب . وإلا فلا شفعة للجار ، إن لم يكن بينه وبين العقار المبيع حق مشترك البتة .

وهذا الرأى ، كما يقول ابن القيم ، رأى وسط حقاً بين الذين يحملون للجار حق الشفعة مطلقاً حتى إن لم يكن شريكاً للبائع في بعض حقوق الارتفاق ، وبين الفقهاء الآخرين الذين لا يحملون له حق الشفعة مطلقاً ، حتى إن كان شريكاً للبائع في بعض حقوق الارتفاق .

وهذا الرأى بعد ذلك ، قول البصريين وغيرهم من فقهاء الحديث ، وقول عمر بن عبد العزيز والقاضيين : سوار بن عبيد الله ، وعبيد الله بن الحسن العنبري ، وهو أعدل الأقوال ، ومختار ابن تيمية^(٣) .

٣٠٨ — وقد يشهد لهذا الرأى الذى اختاره ابن القيم ، كما اختاره من قبله شيخه ابن تيمية ، حديثان ذكرناهما أول الأمر عند الكلام على دليل شرعية الشفعة ، وهما :

(١) راجع لإعلام الموقعين ، ٢ : ٩٤ .

(٢) المصدر نفسه ، ص ٨٩ .

(٣) إعلام الموقعين ، ٢ : ٩٥ .

(أ) الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها إذا كان طريقهما واحداً .
 (ب) قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصُرِّفت الطرق فلا شفعة . فهما ينصان على اشتراط أن يكون للجار شركة في حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالعقار المبيع وهو الطريق ، ويقاس الشرب على الطريق . ومن الممكن بعد هذا ، أن ترد الأحاديث التي ورد فيها إثبات الشفعة للجار دون هذا الشرط إلى هذين الحديثين .

٣٠٩— هذا من ناحية الفقه الإسلامي . أما القانون المدني الجديد ، فإن المادة ٩٣٦ منه جعلت للجار أن يأخذ بالشفعة في حالات خاصة ، ومن هذه الحالات أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . ومنها ، أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل^(١) .

ومن هذا ، يتبين أن واضع القانون لم يذهب مع الذين أباحوا للجار مطلقاً الأخذ بالشفعة بعد الشريك ، ولا مع الآخرين الذين منعه مطلقاً من أن يكون شفعياً ، بل جاء بحكم وسط بين هذين الطرفين وتبين فيه روح التضيق من حق الشفعة ؛ إذ أوجب تلاصق أرض الجار من جهتين للأرض المبيعة^(٢) وألا تقل قيمتها عن نصف ثمن الأرض المبيعة ، وكل من هذين الشرطين يحرم بلا ريب ، دون حق ، كثيراً ممن رأى الفقهاء ثبوت حق الشفعة لم بسبب الجوار .

ونرى أن من الخير أن اتفق القانون وبعض مذاهب الفقه الإسلامي في منح الجار هذا الحق ، إذا لم يوجد شريك في المبيع يطلب الشفعة . إن هذا يمنع كثيراً من الشر وبخاصة في الريف ؛ إذا يحرص كل جار من المزارعين على توسيع رقعة

(١) أثارت هذه المادة جدلاً شديداً ، أبان عن وجهات نظر مختلفة ، بين أعضاء لجنة وضع القانون ، وكذلك في مجلس النواب . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٦ : ٣٥٩ وما بعدها .
 (٢) في الفقه أن الجار « الملاصق من جانب واحد ، ولو بشبر ، كالملاصق من ثلاث جوانب ، فهما سواء » . ابن عابدين ، ج ٥ : ١٤٥ .

ما يملك ، ويرى في شراء أجنبي عن الأرض ما كان يستطيع شراءه عدوانا عليه
يقابله بعدوان آخر أشد منه !

ك - تزاحم الشفعاء :

٣١٠ - إذا تزاحم الشفعاء بأن كانوا أكثر من واحد ، وكل منهم يطلب
الشفعة ، كان لنا من ذلك حالتان :

(أ) ألا يكونوا من مرتبة واحدة ؛ بأن يكون أحدهم شريكا في المبيع نفسه ،
والآخر شريكا في حق من حقوق الارتفاق الخاصة ، وثالث جارا لا غير .

(ب) أن يكونوا جميعاً من مرتبة واحدة ، شركاء أو جيرانا .

ففي الحالة الأولى ، يجب تقديم الشريك في المبيع نفسه ، ثم الشريك في بعض
حقوق الارتفاق الخاصة ، وأخيراً يجيء حق الجار ، ولا خلاف في هذا بين الأحناف
وهم يستدلون لذلك بقول الرسول : « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق
من الشفيع »^(١) . والمراد من الشريك هنا هو من له شركة في المبيع نفسه ،
والخليط هو من له شركة في حق الارتفاق ، والشفيع يراد به الجار . وهذا الاستدلال
بالحديث ، استدلال يوافق العقل للفرق الواضح بين الثلاثة في الصلة بالعقار المبيع^(٢)

على أن الإمام أبا يوسف ، في رواية عنه ، يرى أنه إذا رضى الشريك بالمبيع
للأجنبي كان نازلاً عن حقه في الشفعة ، وإذا لا تكون لغيره من الجيران ، لأن
الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره ، ألا ترى أن غيره لا يملك المطالبة ! فإذا سلم
سقط الحق أصلاً . ووجه ظاهر الرواية أن كلامنا من هذه الأشياء الثلاثة^(٣) يعتبر
بلا ريب سبباً تاماً صالحاً لاستحقاق الشفعة ، مع الفرق طبعاً بينها في القوة ، ومن

(١) الهداية ، ج ٤ : ١٨ ؛ وراجع المبسوط ، ج ١٤ : ٩٤ .

(٢) وفي هذا يتفق النقق والقانون . انظر المادة ٩٣٦ ، والفقرة الأولى من المادة ٩٣٧ ،

من القانون المدني الجديد ؛ البدائم ، ج ٥ : ٨

(٣) أي الشركة في المبيع نفسه ، في حق من حقوق الارتفاق الخاصة ، والجوار .

هنا كان الترتيب الذى ذكرناه فيما بينها ؛ فإذا سلم من له الحق الأول ، انتقل الحق لمن يليه فى الترتيب ^(١) .

٣١١ — وفى الحالة الثانية ، يجب أن يقسم العقار موضوع الشفعة — متى حكم بها — بين الطالبين جميعاً ماداموا من مرتبة واحدة . إلا أن هذه القسمة تكون بالتساوى على عدد الرؤوس عند الأحناف وابن حزم ؛ لاستوائهم جميعاً فى سبب استحقاقها ، وهو أصل الشركة أو الجوار ^(٢) .

وتكون القسمة عند الشافعية والمالكية والحنابلة حسب نسبة ما يملكه كل من طالبى الأخذ بالشفعة ؛ لأنها وجبت لكل منهم بسبب ما يملكه من العقار المشترك مع العقار المبيع ، فيأخذ إذاً كل منهم بقدر ما يملكه من هذا العقار ^(٣) على أن فى المذهب الشافعى قولاً بالتقسيم على عدد الرؤوس كما هو الأمر عند الأحناف ^(٤) .

٣١٢ — وبعد ما تقدم ، يرى الأحناف أن الأرض التى تسقى من مجرى خاص ، تثبت فيها الشفعة إذا بيعت لكل من المنتفعين بهذا الشرب تطبيقاً للأصل الذى ذهبوا إليه ، لا فرق بين الأرض المجاورة لها والبعيدة عنها ولا بين التى تسقى منه مباشرة ، والتى تسقى من جدول يأخذ منه ^(٥) . أى أن كل أصحاب الأرضين التى على هذا المجرى سواء ، لأن السبب فى استحقاق الشفعة فى هذا واحد وهو الاشتراك فى هذا المرفق الخاص .

وهنا ، أجدنى مضطراً للذهاب إلى رأى يخالف هذا الرأى ؛ أى أن حق

(١) البدائع ، ٥ : ٨ .

(٢) المبسوط ، ١٤ : ٩٧ — ٩٨ ؛ بدائع الصنائع ، ٥ : ٦ ؛ ابن عابدين ، ٥ : ٥٤

١٤٤ مختصر الطحاوى ، ص ١٢١ ؛ المحلى ، ٩ : ٩٨ .

(٣) نهاية المحتاج ، ٤ : ١٥٥ ؛ الشرح الصغير للرددير ، ٢ : ٢٥٦ ؛ كشف القناع

٢ : ٣٨٣ . والقانون المدنى (م ٩٣٧ / ٢) مع هؤلاء . وانظر فى هذا أيضاً ، شرح القانون

المدنى فى الأموال ، للدكتور شفيق شحاته ، القسم الأول ص ٢٦٦ .

(٤) نهاية المحتاج ، ٥ : ٥٥ ؛ الوجيز ، ١ : ٢١٩ .

(٥) البدائع ، ٥ : ٩ ؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ، ٥ : ١٤٥ .

الشفعة يكون في هذه الحالة لصاحب الأرض المجاورة للأرض المبيعة ، لا لجميع أصحاب الأراضي الأخرى التي تروى من هذا المجرى الخاص ، ذلك ، بأن صاحب الأرض البعيدة لا يضره اختلاف مالك الأرض المبيعة مادام ليس جاراً له ، والغرض من الشفعة هو دفع أذى الجار الجديد . ولهذا ، يرى الأحناف أنفسهم أن الشفعة تكون للجار الملاصق إذا كان النهر كبيراً غير خاص ، أو كان الطريق عاماً كاشوارع العامة في المدينة أو القرية^(١) .

٣١٣ — أما إذا بيعت دار في طريق ، كان لكلٍّ من أصحاب الدور الأخرى حق الشفعة ؛ سواء في ذلك الدار الملاصقة وسائر الدور ، وسواء أيضاً الدار التي ليس لها إلا باب على هذا الطريق والدور التي لها — مع الباب الذي على هذا الطريق — أبواب على الطريق العام . وهناك من الأرضين أرض لها حق في شرب خاص وحق في طريق خاص ؛ فإذا بيعت كان الشريك في الشرب أولى من الشريك في الطريق ، كما أن الشريك في هذا أولى من الشريك في المسيل . والسبب في ذلك كله ، قوة الاتصال وضعفه ، وقوة التزام ، أو ضعفه أيضاً في حقوق الارتفاق . ولا ريب في أن التزام على الماء أشد قوة وخطراً من التزام على الطريق ، وفي أن التزام على هذا أشد منه في المسيل ، والشفعة شرعت لدفع الضرر والتزام وقطع النزاع .

هـ - غية بعض الشفعاء :

٣١٤ — وإذا تعدد الشفعاء ، قد يحدث أن يكون أحدهم غائباً حين البيع ووجوب طلب الشفعة . حينئذ ، إذا طلب الحاضر أخذ المشفوع فيه كان له ذلك ، ويقسم بينهم إذا كان الحضور متعددين ، وطلبها كل منهم . لأن كل شفيع يستحق وحده العقار المبيع إن لم يطالب زميله بالشفعة . وقسمته بينهم لتزامهم عي

(٢) انظر المرجعين السابقين في الموضع نفسه ، وفيهما الحد الفاصل بين ما هو خاص وما هو عام من المجرى والطريق .

طلبه ، والغائب لا يزاحم الحاضر . فإن الحاضر ثابت بيقين ، وحق الغائب مشكوك فيه ؛ إذ قد يرغب عن الشفعة ، والمشكوك فيه لا يزاحم اليقيني ، وليس للحاضر أخذ نصيبه فقط وترك نصيب الغائب ، لما في هذا من ضرر بالبائع والمشتري لتجزئة الصفقة عليهما^(١) .

ثم ، إذا جاء الغائب وطلب الشفعة ، وكان مع الحاضر في مرتبة واحدة ، قاسم الحاضر فيما أخذ ، على حسب الروموس عند الأحناف وبنسبة ما يملكه كل منهم عند الآخرين كما تقدم . وإن حضر بعد هذا غائب آخر كان الأمر كذلك ، أى تنقض القسمة الأولى ويعاد تقسيم العقار موضوع الشفعة بين الجميع^(٢) .

٣١٥ — فإن لم يكن الغائب في مرتبة واحدة مع الحاضر الذى قضى له بالشفعة — وهذه الحالة لا تتأني إلا عند الأحناف الذين يثبتون الشفعة لغير الشريك أيضا — بأن كان الذى قضى له بها شريكا والآخر جاراً ، فإن الغائب متى حضر لاشيء له وإن طالب بالشفعة ؛ لأنه لا شفعة للجار مع الشريك إذا كان حاضرا ، فبالأولى إذا كان غائبا .

وإن كان من مرتبة أعلى من الحاضر ، بأن كان هذا جاراً والآخر شريكاً ، وطالب بالشفعة حين حضر ، كان هو أولى بأخذ العقار المبيع ولو كان قد قضى به للجار الحاضر ، وحينئذ يؤخذ العقار من الجار ويعطى للشريك ؛ لأنه تبين أنه أخذ ما ليس له ، مع وجود الشريك وطلبه الشفعة .

غير أنه ، بعد كل ما تقدم ، إذا لم يحج الغائب إلا بعد أن استغل الشفيع الحاضر العين المشفوع فيها ، لم يكن له المطالبة بشيء من الغلة لأنها ثمرة مجهود الأول ونفقاته ، حتى إن كان الغائب من مرتبة أعلى من مرتبة الحاضر .

(١) البدائع ، ٥ : ٦ ؛ ابن عابدين ، ٥ : ١٤٦ . والأمر كذلك عند غير الأحناف ؛ راجع نهاية المحتاج ، ٤ : ١٥٦ ؛ كشف القناع ، ٢ : ٣٨٤ ؛ المحلى لابن حزم ، ٩٧ : ٩٨ .

(٢) انظر المراجع السابقة في المواضع نفسها .

شروط الشفعة

٣١٦ — للأخذ بالشفعة شروط كثيرة يجرى في بعضها اختلاف الفقهاء ،
وسنكتفي من هذا الشروط بالمهم ، تاركين اشتراطهم أن يكون المشفوع فيه عقارا ؛
فهذا الشرط لم يخالف فيه إلا الظاهرية ، وقد بحثناه عند الكلام فيما سبق عن
موضوع الشفعة .

وهذه الشروط هي : (١)

- (أ) خروج المشفوع فيه خروجاً باتاً عن ملك صاحبه .
- (ب) أن يكون ذلك نظير عوض مالى .
- (ج) أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت البيع وإلى أن يُقضى له بها .
- (د) عدم رضا الشفيع بالبيع .

فخرج العقار عن ملك صاحبه :

٣١٧ — يجب أن يخرج العقار المشفوع فيه عن ملك صاحبه خروجاً باتاً
نهائياً . وإذا ، فالبيع بشرط الخيار للبائع لا يثبت به حق الشفعة ، لأن المبيع ما زال
على ملك صاحبه ما دام الخيار له ، فله أن يرجع عن البيع . ولهذا ، لو أسقط البائع
ماله من خيار ، تم البيع ووجب الشفعة . ومثل خيار الشرط للبائع فى منعه حق
الشفعة ما دام الخيار قائماً ، الشراء به قد فاسد ، لأن هذا العقد يجب دينا نقضه
ورداً المبيع إلى ملك بائعه .

ولكن لا يمنع من الشفعة ما يكون المشتري من خيار الرؤية أو العيب ، وسيجىء
فى نظرية العقد بيانها ، لأن شيئاً منها لا يمنع من زوال ملك البائع عن المبيع
كما لا يمنعها أيضاً اشتراط المشتري الخيار لنفسه ، دون أن يشترطه البائع أيضاً لنفسه

(١) يراجع لم يذكر الزيلعى من شروط الشفعة إلا اثنين ، ح ٥ : ٢٣٩ ، ٢٥٢ .

لأن المبيع يخرج عن ملك صاحبه مع وجود خيار الشرط للمشتري وحده ، وهذا هو ما يتوقف عليه حق الشفعة^(١) .

ب — فروع بعوضه مالى :

٣١٨ — ولا بد من أن يخرج موضوع الشفعة عن ملك صاحبه بعوض هو مال وإلا فلا شفعة ، وتحت ذلك صورتان^(٢) :

(أ) أن يخرج بلا عوض مطلقاً ، وذلك كالهبة بغير شرط العوض والوقف والوصية والميراث ، ويعلل الفقهاء منع الشفعة هنا ، لأنها تملك المبيع جبراً عن المشتري بالثمن والتكاليف التي دفعها ، ولكنه لم يدفع شيئاً بل تملكه بالجان . ثم لنا أن نقول مع هذا ، بأن الأخذ بالشفعة هنا يقف في سبيل رغبة المتصرف في عمل الخير أو صلة ذوى قرّباه ورّحمه .

(ب) أن يزول الملك بعوض ولكنه ليس مالا ؛ مثل أن يكون مهرأ ، أو بدل خُلْم ، أو أجراً على عمل طيب أو محام ، ونحو ذلك كله . ففي هذه الأحوال وأمثالها ، لا تثبت الشفعة للشريك أو الجار ، لأن بدل الملك ليس مالا ، حتى يمكن أن يدفعه من يريد الأخذ بالشفعة .

٣١٩ — والفقهاء جميعاً على اتفاق فيما يختص بمنع الشفعة في الأولى ، وابن حنبل مع الأحناف في منعها أيضاً في الصورة الثانية^(٣) ، لكن الشافعية والمالكية أجازوا للشفيع الأخذ بالشفعة في هذه الصورة . لأن الغرض من الشفعة دفع ضرر

(١) البدائع ، ج ٥ : ١٣ ؛ الزيلعي ، ج ٥ : ٢٤٢ — ٢٤٣ ؛ نهاية المحتاج ، ج ٥ : ١٤٦ — ١٥٠ ؛ الشرح الصغير للدردير ، ج ٢ : ٢٥٣ ؛ المحلى ، ج ٩ : ٩٩ . وراجع عند الأحناف أيضاً ، المبسوط للسرخسي ، ج ١٤ : ١٤٩ ؛ والطحاوى ، ص ١٢٤ . لكن ابن حنبل يرى أن خيار المشتري يمنع الشفعة كما يمنعها خيار البائع ، الكشاف ، ج ٢ : ٣٩٣ .
(٢) راجع عند الحنفية ، البدائع ، ج ٥ : ١١ — ١٢ ؛ الزيلعي ، ج ٥ : ٢٥٢ — ٢٥٣ ؛ مختصر الطحاوى ، ص ١٢١ .
(٣) كشاف القناع ، ج ٢ : ٣٧٧ .

الدخيل ، وهذا متحقق هنا . ثم من الممكن أن نعرف ما يجب أن يدفعه الشفيع سواء أ كان ذلك قيمة العقار أم قيمة بدله .

وحينئذ ، على الشفيع أن يدفع للمشتري قيمة العقار مهما كانت ؛ عند مالك على حين يوجب الشافعي دفع قيمة البدل لا قيمة العقار . أى مهر المثل في حالة جعل العقار مهراً ، أو بدل الطلاق أو الخلع ، وقيمة أجره عمل الحامى أو الطبيب مثلاً . وبهذا يتحقق ، فيما ترى ، معنى الشفعة من أنها تملك الشفيع العقار المبيع بما قام به على المشتري^(١) .

٣٢٠ — وبناء على ما تقدم ، تثبت الشفعة إذا خرج العقار عن ملك صاحبه بعقد من هذه العقود وأمثالها : البيع ، الهبة بشرط العوض أى بشرط أن يعوّض الموهوب له الواهب شيئاً عما وهبه له ، الصلح عن مال . لأن العقار قد قبول في كل من تلك العقود بعوض هو مال سواء أ كان العوض مثلياً أم قيمياً^(٢) ، وسواء أ كان العقار وقفاً أم غير وقف .

أما البيع فالأمر ظاهر . وأما الهبة فهي عند زُفر ، من أئمة الحنفية ، تعتبر معاوضة من أول الأمر ، ولهذا تجب الشفعة في رأيه متى تمّ العقد ، ولو قبل القبض من الطرفين . وعند الإمام وصاحبيه تعتبر الهبة تبرعاً ابتداءً معاوضةً انتهاءً أى بعد قبض البدلين ، لأن لكل من الطرفين حق الرجوع فيها قبل القبض ، فلا بد إذاً لثبوت الشفعة فيها من التقابض^(٣) .

٣٢١ — وحين تذكر المادة رقم ٩٣٥ من القانون المدني الجديد أن « الشفعة

(١) نهاية المحتاج ، ج ٤ : ١٤٦ ، ١٤٩ ؛ الوجيز ، ج ١ : ٢١٧ ؛ الشرح الصغير للدردير ، ج ٢ : ٢٤٩ .

(٢) وهنا يقول الإمام الطحاوى : « وإذا كان ثمن المشفوع فيه له مثل أخذه الشفيع بمثله ، وإن كان لا مثل له أخذ بقيمته » . المختصر ، ص ١٢١ .

(٣) البدائع ، ج ٥ : ١١ . على أن الملك في أحد البدلين يتم بقبضه وإن لم يقبض البدل الآخر ، المبسوط ج ١٢ : ٨٠ .

رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري « الخ ، نفهم أن واضع هذا القانون يشترط في المشفوع منه أن يكون قد تملك العين محل الشفعة بمقتضى عقد بيع . وإذا فلا شفعة إذا كان قد تملكها بالهبة بشرط العوض ، أو بأي طريق آخر فيه معنى المعاوضة .

على أن من أخذوا في شرح هذا القانون ، يرون بحق أن الهبة بشرط العوض ليست في الحقيقة إلا معاوضة ، وعلى هذا تكون فيها الشفعة كما يرى فقهاء الإسلام وحينئذ يكون على الشفيع متى حكم له بالشفعة أن يدفع للموهوب له القيمة الحقيقية للشيء الموهوب ، لا قيمة العوض الذي دفعه للواهب ، ليكون قد تملك العقار المشفوع فيه بقيمته الصحيحة^(١) ، وهنا يجب أن نلاحظ أن دفع القيمة الحقيقية للشيء الموهوب ، أدق من نظرة الشافعية حين رأوا أن يدفع الشفيع ، في حالة خروج العقار عن ملك صاحبه بغير البيع وببدل هو مال قيمة البدل لا قيمة العقار ، على خلاف المالكية الذين يوجبون قيمة العقار نفسه .

٣٢٢ — وفي الصالح نحدد هذه الصور :

(أ) أن يدعى أحد من الناس على آخر مبلغاً من المال ، فيتصالح هذا على تقديم قطعة من الأرض ، أو دار له ، للمدعى بدل ما يدعى به ، سواء كان قد أقر بالدعوى أم أنكرها ، ففي هذه الصورة تثبت الشفعة للشريك أو الجار لهذا العقار لأن المدعى أخذ عوضاً عن حقه الذي ادعى به ، فهو مشتري له في رأيه .

(ب) أن يدعى أحد من الناس على آخر أنه يستحق لديه هذه الأرض أو الدار فيقبل المدعى عليه إنهاء القضية صلحاً بتقديم مبلغ من المال للمدعى ، وحينئذ تنظر في موقف المدعى عليه من القضية . فإن كان قد أقر بما يطلبه المدعى ، أو أنكر وقامت عليه البينة بذلك ، وجبت الشفعة لصاحبها ، لأن ما فعله المدعى عليه والمدعى يكون بمثابة عقد بيع وشراء بينهما . أما إن أنكر المدعى عليه الدعوى ، ولم يستطع

(١) الدكتور شفيق شعاعه ، المؤلف السابق ذكره ، ص ٢٧٢ .

خصمه إقامة بينة عليها ، فيكون من الحق أن ذاك لم يدفع ما دفع للدعي ثمناً للعقار الذي تحت يده ، ولكن ليتفادى أن يحلف اليمين على كذبه في دعواه وقطماً للنزاع^(١) .

ص - ملك المشفوع فيه واستمراره :

٣٢٣ - يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به قبل البيع ، وأن يستمر ذلك الملك حتى يُقضى له بالشفعة ، وعلى هذا ، لو بيع عقار فطلبه الشريك فيه أو الجار بالشفعة ، ثم باع العقار الذي كان يشفع به قبل الحكم له بالشفعة ، لا يكون له حق الشفعة حينئذ لأنها شرعت لدفع الضرر عن الشريك أو الجار ، وبعد بيع الشفيع ما يشفع به لم يبق شريكاً ولا جاراً ، فلم يخشى أو يخاف من المشتري^(٢) ؟

وقد فرع الفقهاء على هذا الشرط بناحيته ، أن ذلك الذي اشترى من الشفيع ما كان له حق طلب الشفعة به ، وكان هذا الشراء بعد بيع البائع للعقار موضوع الشفعة ، ليس له حق الشفعة كالذي اشترى منه ، لأنه لم يكن مالكا لما يشفع به وقت العقد الأول الذي خرج به المشفوع فيه عن ملك صاحبه ، وفي هذا يقول علاء الدين الكاساني^(٣) : « ومنها — أى من شروط الشفعة — ملك الشفيع وقت الشراء في الدار التي يأخذها بالشفعة ؛ لأن سبب الاستحقاق جوار الملك ، والسبب إنما ينعقد سبباً عند وجود الشرط ، والانعقاد أمر زائد على الوجود ، فإذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سبباً ، فلا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة أو الإعارة ، ولا بدار باعها قبل الشراء » ، ونقول : ولا بدار اشتراها بعد شراء المشتري الأول للعقار محل الشفعة .

(١) انظر في هذا وما قبله ، البدائع ، ج ٥ : ١١ . وراجع كشف القناع ، ج ٣ : ٣٧٧ .
(٢) ابن عابدين ، ج ٥ : ١٥٩ ، وفيه أن يبيع الشفيع ما يشفع به يبطل الشفعة ولو لم يكن عالماً ببيع العقار موضوع الشفعة . وعند الشافعية أن في البيع وهو لا يعلم بالشفعة قولين (الوجيز ج ١ : ٢٢٠ ؛ نهاية المحتاج ، ج ٤ : ١٥٩) ، ونحن مع الأحناف فيما ذهبوا إليه ، وهو الأصح عند الشافعية .

(٣) البدائع ، ج ٥ : ١٤ .

٣٢٤ — وليس للوارث ، بناء على ذلك ، حق الشفعة في عقار بيع في حياة مورثه ، لأن الوارث لم يكن مالكا لما ورثه وقت العقد^(١) . لكن الأئمة الثلاثة الشافعي ومالك وابن حنبل ، ذهبوا إلى ثبوت هذا الحق للوارث إذا كان المورث قد طالب بالشفعة بعد البيع ، لأن الوارث خليفة المورث فله ما كان عن خلفه من حقوق ، ومنها حق الشفعة دفعاً عن نفسه لضرر الخيل^(٢) .

والمحاكم وشراح قانون الشفعة ، يأخذ بعضهم بعدم وراثته هذا الحق لأنه حق شخصي ، كما يرى الأحناف ، وآخرون يأخذون بالرأي المخالف : فيرون وراثته الوارث لحق الشفعة الذي للمورث ، مادام يخلفه بعد وفاته ، وهنا يقول الأستاذ الدكتور شفيق شحاته^(٣) : « ولا شك أن حق الشفعة ينتقل بعد إبداء الرغبة فيها إلى وارث الشفع ؛ ذلك ، أن الحق بعد الإعلان قد تقرر على عين من الأعيان ، وهو حق شبه عيني ينتقل إلى الورثة كالحق العيني سواء بسواء » ، وهذا تعليل صحيح منطقياً ، ويتفق مع الحكمة في شرعية هذا النظام .

٣٢٥ — ومما يتفرع على هذا الشرط أيضاً ، أنه لا شفعة بالعقار الموقوف إذا بيع عقار بجواره مثلاً ، لا لناظر ولا للمستحقين ؛ لأن الناظر ليس إلا مديراً للوقف لا مالكا له ، وكذلك ليس للمستحقين إلا الانتفاع بالعقار الموقوف حسب شرط الواقف ، فليس لأحد منهم شيء من الملك في العقار ليكون لهم حق الشفعة .

وثبوت حق الشفعة للوقف إذا بيع عقار بجواره ، أوفيه إذا حصل مثلاً استبدال لبعض أعيانه بعين أخرى ، مسألة تحتاج إلى تمحيص ، وكثر فيها كلام

(١) يقول الطحاوي ، المختصر ص ١٢٣ ، : « والشفعة لا تورث » . وانظر ابن عابدين ، ح ١٥٨ : ٥ ، حيث يقول ، إن الشفعة مجرد حق التملك ، وهو لا يبقى بعد موت صاحبه ، فكيف يورث ! وانظر قبل هذا ، البسوط ، ح ١٤ : ١١٦ .

(٢) الزيلعي ، ح ٥ : ٢٥٧ — ٢٥٨ ؛ كشف القناع ، ح ٢ : ٣٨٠ ؛ المحلى لابن حزم ، ح ٩ : ٩٦ .

(٣) شرح القانون المدني الجديد ، القسم الأول ، ص ٢٧١ . وانظر أيضاً ص ٢٧٠ أصلاً وهامشاً .

الفقهاء ، لذلك رأينا من الخير أن ننقل عن ابن عابدين كلمة محررة وهي : « إن الوقف منه ما لا يملك بحال ، فلا شفعة فيه لعدم صحة بيعه ، ولا له أى لا لقيمه ولا للموقوف عليه لعدم المالك ، ومنه ما قد يملك ، كما إذا كان غير محكوم به ^(١) ، فلا شفعة له لعدم المالك ، بل فيه الشفعة إذا بيع لجواز البيع ^(٢) » .

على أنه في حالة استبدال عين موقوفة بأخرى ، يجب أن تثبت الشفعة لصاحب الحق فيها في العين التي خرجت من الوقف بهذا الطريق ، لأنها صارت حينئذ أرضاً غير موقوفة ، فيجوز أخذها بالشفعة ، مثل أى عتار آخر لم يسبق أن كان موقوفاً .

٣٢٦ — وهذا الشرط ، نغني استمرار ملك الشفيع لما يشفع به من وقت العقد حتى يقضى له بالشفعة ، ليس بشيء عند الظاهرية . وهذا ابن حزم يقول : « ولو أن الشريك ، بعد بيع شريكه قبل أن يؤذنه ، باع أيضاً حصته من ذلك الشريك البائع ، أو من المشتري منه ، أو من أجنبي ، علم بأن له الشفعة أو لم يعلم ، علم بالبائع أو لم يعلم ، فالشفعة له كما كانت ؛ لأنه حق قد أوجبه الله تعالى له ، فلا يسقطه عنه بيع ماله ولا غير ذلك أصلاً » ^(٣) .

والأمر هنا يحتاج إلى وقفة قصيرة ، ونظرة أعمق من نظرة ابن حزم . إنه بتعليقه ما ذهب إليه ، من أن ما أوجبه الله تعالى للعبد لا يسقط بأى شيء أصلاً ، نراه منطقياً في بادئ الرأي مع نفسه ، ويسوى بين العبادات والمعاملات في أن ما وجب من كل من الطائفتين لا يسقط إلا بإسقاط الرب لا العبد ، ولكن هيهات أن يسلم له هذا التعميم ، أو تلك النظرة ! إن مبنى الأحكام الشرعية في المعاملات مصلحة الإنسان ، فرداً كان أو جماعة ، فإلم توجد هذه المصلحة لم يكن للحكم معنى . وفي الشفعة ، نراها شُرعت لدفع الضرر عن صاحب الحق فيها ، ونحن

(١) يرى أبو حنيفة أن الوقف لا يلزم ويزول ملك الواقف عنه إلا إذا حكم به الحاكم أو علقه الواقف بموته . الهداية ، ج ٣ : ١٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين ، ج ٥ : ١٤٦ — ١٤٧ .

(٣) المحلى ، ج ٩ : ٩٥ .

لا نرى معنى لبقاء هذا الحق لمن باع ما يشفع به كما يقول ابن حزم ؛ لأنه لن يتأتى أن يضار بالمشتري بعد ذلك ، إذ لم يبق شريكا أو جارا له .

٤ — عدم رضا الشفعة بالبيع

٣٢٧ — وأخيراً ؛ نذكر أن من له الشفعة بأى سبب من الأسباب ، ورضى بالتصرف الذى كان من صاحب الملك ، وهو إخراجه العقارَ موضوع الشفعة عن ملكه إلى ملك غيره ، لم يكن له بعد ذلك طلب الأخذ بالشفعة . على أنه يشترط لسقوط هذا الحق من هذه الناحية ، ألا يكون فى الأمر تدليس أو خديعة بخصوص المشتري ، أو الثمن ، أو القدر المبيع نفسه ، فهناك إذاً حالات ثلاث^(١) :

(أ) إذا علم صاحب حق الشفعة أن المشتري هو فلان الذى يخشى الله وتطيب جيرته ، فسلم الشفعة راضيا به وبجواره ، ثم بان له أخيراً أن المشتري هو فلان الآخر الذى لا يؤمن شره وبوائقه ، كان له حق الشفعة ولا يضره تسليمه السابق الذى كان عن خداع أو تدليس .

(ب) وكذلك له حق طلب الشفعة من جديد ، إذا قيل له إن الثمن هو كذا من المال فتركها ، ثم علم أنه أقل من ذلك إلى حد كان يقدم معه على طلب الشفعة لو علم حقيقة الأمر عند البيع ، لأن التسليم للثمن الذى يراه مرتفعاً لا يدل على التسليم حين يجد الثمن مناسباً له . ويتصل بهذا ، ما إذا كان الاختلاف فى وصف الثمن لا فى قدره ، كما إذا كان الثمن مؤجلاً على آجال يستطيع الوفاء بكل منها فى حينه . وقد قيل له إنه حال يجب دفعه مرة واحدة حين العقد وسيأتى الكلام على ذلك .

(ج) وأخيراً ، إذا قيل لصاحب الشفعة : إن البيع فى نصف الدار أو الأرض فترك الشفعة ، ثم تبين له أن البيع فى الكل ، كان له الشفعة ؛ لأن الرغبة عن شراء

(١) انظر فى ذلك ، البدائع ٥ : ١٩ — ٢٠ ؛ ابن عابدين ، ٥ : ١٥٩ ؛ نهاية المحتاج ، ٥ : ١٥٩ ؛ الشرح الصغير للدردير وحاشية بلغة السالك عليه ، ٢ : ٢٥٥ ؛ كشف القناع ، ٢ : ٣٨١ . وراجع عند الأحناف أيضاً ، المبسوط ١٤ : ١٠٥ ، ١١١ .

البعض لا تفيد الرغبة عن شراء الكل ، وبخاصة أن في شراء البعض ضرر الاشتراك ولو كان الأمر على العكس ، لم يكن طلب الشفعة من جديد ، لأن من رغب عن شراء الكل يرغب عن شراء البعض بالأولى خوف ضرر الشركة . على أن لنا أن نقول بأن له الشفعة أيضا ، لأنه قد يعجز عن ثمن الدار كلها ويقدر على ثمن نصفها مثلا ^(١) ، كما أنه ربما لا يكون محتاجا لإصلاح داره أو أرضه إلا إلى هذا الجزء الذي وقع عليه البيع فيرغب في أخذه بالشفعة .

نـ - إجراءات الشفعة

ولكى يتم للشفيع ما يريد من الأخذ بالشفعة ، عليه أن يقوم بأعمال أو إجراءات خاصة تبدأ من وقت العلم بالبيع ، حتى يتم له الحكم بها ، وهي ^(٢) :

٣٢٨ — يجب عليه أول الأمر أن يطلبها فور العلم بالبيع ؛ لأن طريق التملك بالشفعة حق ضعيف ، لثبوته على خلاف القياس كما يقال ، فيجب تقويته بالطلب الفوري بقدر الوسع حسب المعتاد ، لقول الرسول : « الشفعة لمن واثبها » ، ولهذا يسمى هذا طلب الموائبة . ولا يجب أن يشهد الشفيع على هذا الطلب ، وإن كانه أفضل ، خوف إنكار الخصم متى وصل الأمر للقضاء .

وفي رواية عن الإمام محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة ، أن هذا الطلب لا يجب أن يكون فور العلم بالبيع ؛ لأن صاحب حق الشفعة قد يحتاج إلى التروى في الأمر ، فيجب أن يمكن من ذلك ، وهذا يكون بجعل الخيار له طول مجلس

(١) انظر البدائع ، ج ٥ : ٢٠ ، حيث يقول الكاساني إن ذلك رواية في المذهب . والحنابلة مع هذه الرواية ، أما المالكية فع الرواية المشهورة عند الأحناف من أن الشفعة تسقط إذا أخبر الشفيع بأن شريكه باع الكل فسلم وترك الشفعة ، ثم تبين له أنه لم يبيع إلا النصف مثلا ، فليس له طلبها بعد ذلك .

(٢) راجع في ذلك ، مختصر الطحاوي ص ١٢٠ — ١٢١ ؛ البدائع ، ١٧ — ١٩ ؛ الزيلعي ، ٢٤٢ — ٢٤٤ ؛ ابن عابدين ، ١٤٧ — ١٤٨ ؛ نهاية المحتاج ، ١٥٧ — ١٥٩ ؛ شرح الدردير وحاشية بلغة السالك عليه ، ٢٥٦ ؛ ابن حزم ، ٨٩ وما بعدها .

علمه بالبيع ، فلا تبطل شفيعته إلا إذا قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بأمر آخر ، ويذكر الكرخي أن هذه أصح الروايتين ^(١) .

٣٢٩ — وقد أوسع القانون في هذا كثيرا لصاحب الشفعة فأعطاه مهلة طويلة تبلغ أسبوعين ، فقد جاء في المادة ٩٤٠ من القانون الجديد : « على من يرى الأخذ بالشفعة ، أن يعلن رغبته فيها إلى كل من اليافع والمشتري ، خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإندار الرسمي الذي يوجه إليه اليافع أو المشتري ، وإلا سقط حقه ، ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » .

وهذا الحكم وإن كان معقولا ، وفيه سعة على المشتري ، لا يتفق في رأينا وروح التضييق التي كانت تسود أغلب أعضاء اللجنة التي قامت بوضع المشروع التمهيدى ومناقشته فيما بينها . على أن الإمام ابن حزم قد أوسع للشفيع أكثر جداً من القانون ، فعنده — كما تقدم — أن الشفعة تثبت حقاً له بإيجاب الله فلا تسقط بترك الطلب ولو ثمانين سنة أو أكثر ! أى لا يسقط حق الشفيع إلا بإسقاطه بنفسه له ؛ ولهذا يرى أن القول بأن الشفعة لمن واثبها ، لفظ فاسد لا يحل أن يضاف مثله إلى رسول الله ^(٢) .

٣٣٠ — وبعد طلب الموائبة هذا ، الذى يقوى به حق الشفعة الضعيف بطبيعته ، يجب على الشفيع أن يتقدم بطلب آخر يؤكد به طلبه الأول ، وهذا الطلب الثانى يسمى طلب التقرير . ذلك ، بأن طلب الموائبة قد يكون تعبيراً عن نزوة أو رغبة عارضة من الشفيع ، ثم يبين له بعده أنه ليس من صالحه للمضى فى الأخذ بالشفعة ، أو أنه ليس فى مقدوره ذلك لهذا السبب أو ذاك ، فلا يد لهذا من تأكيد هذا الطلب وتقريره .

(١) البائع ، ص ١٧ . على أن وجوب الطلب على الفور لا يبنى لإباحة التأخير لعذر . وانظر المبسوط ، ١٤٠ : ١١٦ — ١١٧ .

(٢) المحلى ، ٩٠ : ٩١ . وعند الشافعية قول بمثل ذلك ، وأقوال أخرى بأن هذا الطلب يمتد إلى ثلاثة أيام أو تسعة ، أما أظهر الأقوال عندهم فهو وجوب طلبها على الفور ، نهاية المحتاج ، ص ١٥٧ — ١٥٨ .

وإذا كان الإشهاد على الطلب الأول ليس ضروريا ، بل يكفي أن يطلب الشفعة فيما بينه وبين الله تعالى ، وإنما الإشهاد أفضل — كما قلنا — رغبة في التوثق وإثباته عند الخصومة والإنكار . نقول إذا كان الأمر هكذا بالنسبة لطلب الموائبة ، فإنه ليس كذلك بالنسبة لطلب التقرير : هذا الطلب يشترط فيه أن يكون على فور الطلب الأول متى قدر على ذلك فورا ، وأن يكون أمام شهود^(١) .

وله أن يتقدم بهذا الطلب والإشهاد عليه عند البائع إذا كان المبيع لا يزال في يده ، أو عند المشتري ، سواء قبض المبيع أم لم يقبضه ، لأن كلا منهما خصم له ؛ البائع لأنه لا يزال الواضع اليد على المبيع ، والمشتري لأنه صار مالكه وإن لم يتسلمه من البائع . وله أن يقوم بذلك أيضاً عند المبيع نفسه ؛ لأن الحق متعلق به في الواقع ، ما دام هو موضوع النزاع . وله أن يقول في هذا الطلب : قد كنت طلبت الشفعة ، وأنا الآن أطلبها أيضا ، أو نحو ذلك .

على أنه لو كان تقدم بطلب الموائبة أمام شهود ، وبمواجهة البائع — إذا كان المبيع لا يزال تحت يده — أو المشتري أو عند العقار ، كفى ذلك عن طلب التقرير ، لحصول المقصود وهو إظهار أنه مصرّ على طلبه حقه في الشفعة .

٣٣١ — وبعد طلب التقرير ، يبقى حق الشفعة للشفيع أبداً ، وإن تأخر كما شاء في رفع الأمر للقضاء عند أبي حنيفة ، حتى يسقطه بنفسه . وهذا رأى فيه ضرر واضح بالمشتري ، إذ يبقى أمر ملكيته معلقاً غير مستقر على حال ، فلا يستطيع أن يتصرف فيما اشترى كما يريد من زراعة أو غرس أو بناء مثلاً .

ولهذا ، رأى محمد وزفر أن حقه في الشفعة يسقط ، إذا أخر رفع الأمر للقضاء شهراً غير عذر بعد طلب التقرير ، كما رأى أبو يوسف أنه يسقط إذا أخر ذلك عن أول مجلس للقضاء . وفي رواية أخرى عنه أن تقدير الوقت الذي تسقط

(٢) هكذا ذكر صاحب البدائع ، ص ١١٨ ، على أنه تنق في آخرها وجوب اشتراط الإشهاد كسائر المراجع الأخرى .

بعده الشفعة إذا ترك طلب الخصومة ، بعدم القيام بطلب التقرير ، يترك الفصل فيه للقاضي^(١)

٣٣٢ — ونحن نرى أن في الرأي الذي ذهب إليه محمد وزفر ، أو الذي ذهب إليه أبو يوسف ، رفقا بالمشتري ودفعاً للضرر عنه ، فذلك هو الواجب اتباعه . فإن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع صاحب الحق الضعيف كما يقولون ، فلا يصح منطقاً وشرعاً أن تكون سلاحاً يضار به المشتري بلا حق ، وبخاصة وأمر الخصومة بيد الشفيع ، فله أن يتقدم بها في موعد مناسب إذا كان جاداً في طلب الشفعة^(٢) .

وكان من الضروري أن يراعى التشريع المدني هذه الحالة ويعالجها ، فجاء في المادة ٩٤٣ منه أنه يجب على الشفيع إعلان دعوى الشفعة على البائع والمشتري في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة المبين بالمادة ٩٤٠ ، وإلا سقط الحق فيها ، وأنه يجب الحكم في الدعوى على وجه السرعة . وفي ذلك مصلحة الشفيع والمشتري معاً ، وضمان يدفع الضرر عن المشتري بخاصة .

ز- المشفوع فيه في يد المشتري

العقود والتصرفات :

٣٣٣ — متى تم البيع صار المبيع ملكاً تاماً للمشتري ، فله أن يتصرف فيه كما يريد بالبيع أو الرهن أو الوقف أو الإجارة أو الانتفاع الشخصي وهكذا ، فذلك خاصة الملك التام كما عرفنا . إلا أن شيئاً من هذه التصرفات ، لا يمنع صاحب حق الشفعة من طلبها ، فما الحكم فيها إن قضى له أخيراً بالشفعة ؟ .

وهذه التصرفات ، قد تكون ناقلة للملكية ، كالبيع والوقف والهبة وجعل العقار موضوع النزاع مهراً في زواج ونحو ذلك كله ؛ وقد تكون مرتبة لحق لأجنبي

(١) راجع في هذا وما قبله ، كتاب المبسوط للسرخسي ، ج ٤ : ١١٨ ؛ البدائع ، ج ٥ : ١٩

(٢) ومن العجب أن الطحاوي ، على جلالاته في الفقه ، يختار رأي أبي حنيفة : المختصر ص ١٢١

على العقار ، كالرهن والإجارة والإعارة ؛ وقد تكون بشغل العقار بعمل المشتري نفسه ، بالزراع أو الغراس أو البناء . كما أنه يحدث أن يزيد العقار في يد المشتري متى طال أمد التقاضى ، أو ينقص بفعل يأتيه عمداً كهدم بناء الدار مثلاً ، أو بحادث يجرى قضاء وقدرأ .

٣٣٤ — ويجب هنا من أول الأمر ، فيما يختص بتلك التصرفات وأمثالها ، أن نلاحظ أن هذا العقار قد تعلق به حق الشفيع من يوم أن طالب بالشفعة ، فلم يكن للمشتري أن يعجل بالتصرف فيه ، وبخاصة ما كان من التصرفات ناقلاً للملكية أو ما كان مثل الغراس والبناء الذى يشغل الأرض زمناً طويلاً . وليس له أن يعتذر عن ذلك ، وقد أوجبت الشريعة على صاحب حق الشفعة أن يطلبها فوراً وبهذا يعلم المشتري أن حق الغير قد تعلق بما اشتراه .

ومن ذلك كله ، نستطيع أن نقرر قاعدة عامة ؛ وهى أن شيئاً من تلك التصرفات لا يمكن أن يمنع الشفيع من حقه ، فله إذاً نقضها كلها بلا استثناء ما كان ناقلاً للملكية منها . وهذا الإجمال لا يغنى عن التفصيل ، فإن الأمر يختلف في بعض التصرفات عن بعضها الآخر .

٣٣٥ — وأهم هذه التصرفات هى بلا ريب ما كانت ناقلة للملكية كالبيع والهبة مع التسليم ، أو ما ترتب حقا على العقار كالرهن . وفي ذلك نجد الاتفاق من الفقهاء على جواز نقض هذه الصفقات ، وللشفيع — فى حالة البيع — أن يأخذ العقار بالثمن الذى اشترى به الأول أو الثانى « لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الأخذ له بالشفعة » وكذلك لو تصرف المشتري فى الدار تصرفاً آخر بأن رهنها أو تزوج عليها ، فللشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الأولى . وليس لأحد من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن ، إنما الثمن للمشتري الأول ^(١) .

(١) المبسوط ، ج ٤ : ١٠٨ ، ١٠٩ . وراجع فى البيع والوقف ونحوهما عند الشافعية ، نهاية المحتاج ج ٤ : ١٥٣ . وراجع عند الحنابلة ، كشف القناع ج ٢ : ٣٨٧ فيما يختص بالبيع والوصية . وراجع عند الفاهرية ، المحلى لابن حزم ، ج ٩ : ٩٢ : ٩٣ ، فى كل التصرفات .

وكذلك الأمر ، إذا أخرج المشتري العقار المشفوع فيه بطريق آخر ، كأن جعله وقفاً أو مسجداً أو مقبرة ، فإن للشفيع نقض هذا كله حتى لا يبطل حقه ، ولأن تصرف المشتري فيما يرجع إلى الإضرار بالشفيع يكون باطلاً كله رعاية لحقه^(١) على أن التصرفات الناقلة للملكية بعامة ، لا تنقض إلا إذا حكم بالشفعة لمستحقها ، بمعنى أن رضا المشتري بما طلبه الشفيع من الأخذ بالشفعة لا يكفي لإبطال تلك التصرفات ، بل لا بد من حكم القضاء بذلك لتعلق حق الغير الذي تصرف له المشتري في العقار ، وبالقضاء يظهر أن حق الشفيع أقوى من حق هذا الغير .

نماء المشفوع فيه وزيادة

قد يمتد التقاضى بين الشفيع والمشتري زمناً طويلاً قبل الحكم بالشفعة لصاحبها فيحدث أن ينمو العقار في يد المشتري بالانتفاع به فتكون منه غلة تصل إلى يده وقد يحصل أن يزيد العقار نفسه ، فما الحكم في كل من هذه الحالات ؟ .

٣٣٦ — إذا كانت الزيادة ثمرة من ثمرات العقار ، ووجدت في يد المشتري قبل الحكم بالشفعة ، كانت له وحده لأنها نماء ملكه وثمره مجهوده ونفقاته ، والغنم بالغرم . وذلك ، مثل أجرة العين موضوع النزاع ، أو أن تكون أرضاً زراعية فزرعها المشتري واستحصد الزرع ، أو تكون جنة فأثمرت واستوى ثمرها . أما إذا بقي الزرع في الأرض والثمر على الشجر حتى حكم للشفيع بالشفعة ، فإن هذا وذاك يكون له تبعاً لأصله الذي صار إليه .

وكان القياس ألا يكون ذلك للشفيع لأنه نما على ملك المشتري وبعمله وتكلف في هذا غير قليل من النفقات ، وبخاصة والثمر لا يدخل في شراء الشجر بلا تسمية له عند العقد . ولكن الفقهاء رأوا هذا استحصانا ، لأن الثمر متصل خلقه بالشجر ،

(١) ابن عابدين ، ح ٥ : ١٥٣ ؛ المبسوط ، ص ١١٤ . وعند الحنابلة كل تصرف لاشفعة فيه ابتداء ، كالوقف والهبة وجعل العقار عوضاً في خلع أو صلح ونحو ذلك ، يسقط الشفعة متى كان التصرف قبل طلبها . راجع كشف القناع ، ح ٢ : ٣٨٦ .

فكان تبعاله ، ولأن الشجر بثمره متولد من الأرض التي حكم بها للشفيع فيتبعها ما عليها ^(١) ولكن مع هذا ، كيف يضيع مجهود المشتري ونفقاته ، وهو لم يكن متعديا كالفاسب مثلاً !

٣٣٧ — وقد اعتاد الفقهاء هنا التفرقة بين الزيادة التي لها نهاية معلومة ، وتقبل الانفصال بلا ضرر بالعقار ؛ وبين الأخرى التي ليس لها نهاية معلومة ، وقد يكون من فصلها عن العقار ضرر به . والأولى كالزراع ، والأخرى كالغراس والبناء ، ولكل منهما حكمها الخاص .

في الحالة الأولى ، يقضى القياس بقلع الزرع وتسليم الأرض فارغة للشفيع لأن هذا حقه ، وكان على المشتري أن يترث ما دام قد رأى أن حقاً قوياً للغير — وهو الشفيع — قد تعلق بالأرض ، ولكن الاستحسان هو بقاء الأرض بيد المشتري حتى يحصد زرعه ، على أن يدفع أجرها عن المدة التي بين القضاء بالشفعة والحصاد ^(٢) . والبقاء بأجر في هذه الحالة ، هو رأى الأحناف ، وعند الشافعية والحنابلة تبقى بلا أجر .

٣٣٨ — أما في الحالة الثانية ، حالة الغراس والبناء ، يكون للشفيع أن يطلب من المشتري تخلية الأرض مما أحدث فيها ويشغلها وقتاً لا ندرى نهايته ، أو أن يملك الأرض بما عليها ويدفع قيمته على أنه أخشاب وأنقاض ، لا أشجار قائمة وبناء وإن كان قلع الأشجار وهدم البناء يضر بالأرض ، كان للشفيع أن يجبر المشتري على إبقائها بقيمتها أنقاضاً أيضاً ، أى ليس له القلع والمهدم وترك الأرض خالية وقد لحقها الضرر ^(٣) . لكن الحنابلة كانوا أدنى إلى العدل وأرفق بالمشتري ، حين أوجبوا أن يملك

(١) الهداية ، ج ٤ : ٢٦ ؛ الزيلعي ، ج ٥ : ٢٥١ .

(٢) البسوط ، ج ١٤ : ١١٥ ؛ الدر المختار ، ج ٥ : ١٥٣ . وانظر حاشية ابن عابدين عليه ، حيث ذكر قولاً ببقاء الأرض بلا أجر حتى الحصاد .

(٣) نهاية المحتاج ، ج ٤ : ١٥٤ ؛ كشف القناع ، ج ٢ : ٣٨٩ .

(٤) مختصر الطحاوى ، ص ١٢٣ — ١٢٤ ؛ البدائع ، ج ٥ : ٢٩ ؛ المحلى لابن

هزم ، ج ٩ : ٩٢ .

الشفيع الأرض بما عليها من غراس وبناء بقيمته باقياً ، وإلا فللمشتري قلع الشجر ، وهدم البناء وإن كان ذلك يضر بالأرض^(١) .

٢٣٩ — وقد روى عن أبي يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة ، أنه ليس للشفيع إكراه المشتري على إزالة البناء والأشجار ، وليس له أيضاً تملك ذلك بقيمتها أنقاضاً ولكن عليه دفع القيمة على أنها بناء وأشجار باقية . وهذا هو ما ذكرناه عن الحنابلة وإليه ذهب مالك والشافعي أيضاً^(٢) .

ذلك ، بأن المشتري لم يتعد حين بنى أو غرس في ملكه ، على أنه كان ينبغي أن يترى حتى يفصل في النزاع ، وهذا هو علة الرأي الأول الذي لم يرضه أبو يوسف فيما روى عنه . ولا يقال بأنه بناء على هذا الرأي قد يضر الشفيع بالتزامه دفع ما لا يريد من شجر وبناء ، لأن هذا أخف من الضرر الذي يحيق بالمشتري إن أكره على قلع ما غرس وبنى ، أو أخذ القيمة على أنه أنقاض ، والضرر الأعلى يزال شرعاً بالضرر الأدنى .

٣٤٠ — هذا ، وقد راعى التشريع المدني الظروف والملازمات التي حصل فيها البناء والغراس ، فترى المادة ٩٤٦ من القانون الجديد تقول :

(أ) إذا بنى المشتري في العقار المشفوع ، أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفق أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس .

(ب) وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس .

ومعنى ذلك أن المشرع المصري الحديث توسط في الأمر ؛ فكان مع أبي حنيفة

(١) كشف القناع ، ٢ : ٣٨٩ .

(٢) البدائع ، ٥ : ٢٩ ؛ شرح الزيلعي ، ٥ : ٢٥٠ ؛ وراجع المبسوط ، ١٤ : ٦١٤ .

ومحمد إذا بنى المشتري أو غرس بعد مطالبة الشفيع بالشفعة ، ومع أبي يوسف إذا كان هذا بعد المطالبة ، وهي توسط معقول مقبول . لأن المشتري يكون متعدياً في الحالة الأولى ، فيتحمل ضرر عمله ؛ ولم يكن كذلك في الحالة الأخرى ، فليس من العدل الإضرار به .

٣٤١ — بقيت حالة أخرى ، وهي أن يزيد العقار زيادة متصلة به يتعذر فصلها منه أو يكاد ؛ مثل شق جداول أو مصارف في الأراضي الزراعية أو إصلاحها بإذهاب أملاحها . ونقل التراب الصالح للزراعة إليها ، أو إحداث دورة مياه في الدار ، أو تبييض الدار ونقشها وزخرفتها . ففي هذه الحالة ، على الشفيع أخذ العقار بثمنه مضافاً إليه ما زادته هذه الزيادات في قيمته .

وكذلك الحكم إذا أعد المشتري الدار بما يلزمها من أبواب ونوافذ ونحوها من أدوات النجارة ، أو قام بوضع ما كانت في حاجة إليه من بلاط وأغلاق ومفاتيح ، فإن على الشفيع أن يدفع مع الثمن ما زادته الدار من القيمة بسبب ما أحدثه فيها ، بناء على القول الذي روى عن أبي يوسف .

نقص المنفعة فيه :

هذا النقص قد يكون بزوال بعض ما على الأرض من زرع أو ثمر أو شجر أو بناء ، أو بهلاك بعض ما كان بالعقار من أدوات للزراعة أو الصناعة أو التجارة ، أو بزوال بعض الأرض نفسها . وعلى كل فقد يكون ذلك قضاء وقدرًا ، أو بفعل فاعل : المشتري أو أجنبي آخر .

٣٤٢ — فإذا اشترى أرضاً هي بستان فأكهة بثمرها الموجود عند البيع فجذّه أو بعضه ، ثم حكم بالشفعة للشفيع ، سقط حصة هذه الثمار من الثمن ؛ لأنها مقصودة بالبيع ، وقد أخذها المشتري . وسواء في هذا ، أكان الملاك بفعل المشتري كما ذكرنا ،

أم بأفة سماوية ، لأنها كانت بعض العقود عليه والمقصود بالشراء لتسميتها في العقد نفسه (١) .

وكذلك الأمر فيما يختص بآلات الزراعة والصناعة وأدوات التجارة ، إن أخذها المشتري أو ضاعت أو هلكت بلا ضئعة ، فيجب نقص قيمتها وقت العقد من الثمن الذى على الشفيع دفعه للمشتري ، لأنها قد تكون هى المقصودة أولاً بالشراء .

٣٤٣ — وإن لم يكن الذى ضاع على الشفيع أو هلك هو الثمر ، بل الشجر نفسه أو البناء الذى كان على الأرض ، وكان ذلك بلا تعدد من أحد ؛ كأنهدام البناء من نفسه أو بسبب رجّة أرضية ، وجفاف الشجر لآفة طبيعية ، أو اقتلاعه بسبب ريح عاتية ، إذا كان الأمر كذلك ، كان على الشفيع دفع الثمن كله فلا يسقط شيء منه لما ضاع أو هلك ؛ لأن ما ذكر كان تابعا للأرض حتى يدخل فى عقد البيع بلا ذكره (٢) ، ~~ولأن هذا النقص ليس بجناية أحد~~ . ولكن يأخذ المشتري ما قد يبقى من أنقاض البناء والشجر بقيمتها يوم الحكم بالشفعة ، لأنه يصير حابسا لها عن الشفيع من ذلك الحين .

ولو كان ذلك بصنع المشتري أو غيره ، كان على الشفيع دفع الثمن ناقصا قيمة ما زال ، أى يقوم العقار مع الشجر أو البناء يوم البيع ، ثم بدونها والفرق يخصم من الثمن . ومن الطبيعى أن الممتدى إذا كان أجنبيا ، كان للمشتري تضمينه قيمة ما أتلف يوم إتلافه ، فتكون عوضا عما يفوت عليه من الثمن (٣) .

٣٤٤ — أما إذا كان النقص فى العقار نفسه ، لافيا عليه من شجر أو بناء أو غير ذلك ، كما إذا طغى السيل على الأرض فأزال بعضها ، كان للشفيع « أن

(١) شرح الزيلعى ، ج ٥ : ٢٥١ — ٢٥٢ ؛ ابن عابدين ، ج ٥ : ١٥٤ .

(٢) هكذا يمثل الفقهاء ، وهو تعليل غير واضح ولا مقبول ، انظر الزيلعى ج ٥ : ٢٥١ ؛ المبسوط ، ج ١٤ : ١١١ — ١١٢ . وقد ذكر صاحب المبسوط هنا قولاً للشافعى فى أخذ الأرض بحصتها وحدها من الثمن .

(٣) راجع فى هذا وما قبله ، المرجعين السابقين فى المواضع نفسها ، وابن عابدين ج ٥ : ١٥٣ — ١٥٤ .

يأخذ الباقي بحصته من الثمن إن شاء ؛ لأن حقه ثابت في الكل ، وقد تمكن من أخذ البعض فيأخذه بحصته من الثمن^(١) .

ولكن ، أليس لنا أن نقول بأنه متى حكم للشفيع بأخذ العقار بالشفعة ، كان ذلك دليلاً على استحقاقه للملكية من وقت بيعه للمشتري ، فلم لا يكون هلاك ما هلك من العقار على حساب الشفيع نفسه ، بمعنى أنه إن أراد الأخذ بالشفعة يجب عليه دفع الثمن كله ؟ على أنه قد يقال بأن المشتري ، حين لم يرض بما طلب الشفيع من الأخذ بالشفعة واضطره للتقاضي الذي يطول أمده عادة ، صار شبيهاً بالمتعدي في حبسه العين ، فيكون ما يهلك منها على حسابه .

سج - ما تسقط الشفعة به

٣٤٥ - يحسن ، من أول الأمر ، أن نضع بين أيدينا هذه الحقائق :

- (أ) الشفعة حق ضعيف يجب أن يقوى ويتأكد بالطلب .
- (ب) وقد شرعت لدفع الضرر عن صاحبها من شريك أو جار .
- (ج) أنها لا يصح أن تكون سبباً لضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه إذا طلب الشفيع أخذ بعض المبيع فقط .

ومن هذه الحقائق التي سبق الكلام عليها ، نستطيع أن نعرف بسهولة ويسر الأسباب التي بواحد منها تسقط الشفعة ، وهذه الأسباب قد سبق الكلام عن أكثرها تفصيلاً ، عند بحث شروط الشفعة ، ولذلك نكتفي هنا بالإجمال في حصرها في مبحث خاص كما يفعل الفقهاء جميعاً .

بعد ذلك ، نقول إن حق الأخذ بالشفعة يسقط بواحد من هذه الأسباب الآتية ، على أن في بعضها خلافاً بين الفقهاء ، وهي :

٣٤٦ - (أ) تسليم الشفعة أو الرغبة عنها ، ويكون ذلك صراحة بقوله :

(١) المبسوط ، ١٤٠ : ١١٥ ؛ الزيلعي ، ٥٠ : ٢٥١ ؛ ابن عابدين ، ٥٠ : ١٥٣ .

لا أرغب فيها أولاً أريدّها ، أو نحو هذا مما فيه تصريح بتركها . على أن يكون ذلك بعد البيع لأنه لا حقّ له قبل البيع فيسقطه ، وقبل الحكم بها ، لأنه حينئذ تثبت ملكيته للعقار المبيع فلا يملك إسقاطها إلا بعقد من العقود الناقلة للملكية^(١) . كما قد يكون بطريق الدلالة ، كأن يترك طلبها والإشهاد عليها في الحين المقرر ، دون عذر ، أو يذهب للمشتري فيساومه على بيع ما اشتراه أو تأجيله له ، ومثل هذا أن يكون وكيلًا في عملية البيع نفسها .

وهنا تثار مسألة تسليم الأب أو الوصي شفعة الصبي ، فأجازها الشيخان ، وذهبوا إلى أنه ليس للصبي بعد البلوغ أن يطالب بحقه فيها ؛ لأن لكل منهما شراء للصبي فيجوز منهما ترك الشراء رعاية لمصلحته أيضا . وفي رأى محمد وزفر أن هذا لا يجوز منهما ، لأنهما يقومان مقام الصغير في استيفاء حقوقه ، والإسقاط ضد الاستيفاء . ونحن نرى رجحان رأى الشيخين ، لأنه قد يكون مصلحة الصبي حقا في ترك الشفعة^(٢) .

٣٤٧ — والمالكية يفصلون في الأمر ؛ فيقولون إن كان ترك الشفعة لمصلحة القاصر صح إسقاطها من الأب أو الوصي ، وإلا فلا يصح وللقاصر حينئذ طلبها متى بلغ^(٣) . وهذا تفصيل مقبول بلا ريب ، ولكننا نرى أنه من الضرر بالمشتري — إن لم نقل ومن العبث أيضا — جعل الحق للقاصر متى صار رشيدا في طلب الشفعة إن كانت خيرا له ، بعد ما يكون قد مرّ بالعقار من تصرفات المشتري وغيره . والحفالة يقربون في مذهبهم مما رآه محمد وزفر والمالكية أيضا . فهم يذهبون

(١) في المادة ٩٤٨ من القانون المدني الجديد أنه يجوز للشفيع التزول عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع .

(٢) راجع في هذا وما قبله ، المبسوط ١٤٠ : ١٥٤ — ١٥٥ ؛ البدائع ، ١٩ : ١٩ ، ٢١ ؛ الهداية ، ٤٠ : ٢٩ ؛ الزيلعي ، ٥٠ : ٢٥٧ . وانظر عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، ٤٠ : ١٥٨ ؛ وعند الحنابلة كشف القناع ، ٢٠ : ٣٨ — ٣٨١ ؛ وعند المالكية ، الشرح الصغير للدردير ، ٢٠ : ٢٥٤ .

(٣) راجع الشرح الصغير للدردير وحاشية بلغة السالك عليه ، ٢٠ : ٢٥٥ .

أولا إلى أنه ليس للوصى أو الولي إسقاط شفعة من تحت ولايته ، ولو فعل هذا كان لا اعتبار له ، وللقاصر أو المحجور عليه متى بلغ وعقل وصار رشيدا الحق في المطالبة بالأخذ بالشفعة ولو لم يكن له خير فيها . ثم هناك قول آخر بأنه لا يُعطى هذا الحق إلا إذا كان الأخذ بالشفعة لصالحه ، وعلى هذا القول أكثر فقهاءهم^(١) .

٣٤٨ - ب ضمان الشفيع الدرك للبايع ، أى ضمانه الثمن له عند المشتري ، لأن هذا دلالة على الرضا بالبيع لهذا المشتري الأجنبي وترك الشفعة ، أو إذا كان البايع شرط الخيار في إمضاء البيع أو عدم إمضائه للشفيع نفسه^(٢) .

وهنا نجد الخنابلة لا يرون شيئا من هذين مسقطا للشفعة ، لأن المسقط لها هو الرضا بتركها بعد وجوبها وهذا مالم يوجد ، كما لا يمنع من المطالبة بها أيضا أن يكون الشفيع وكيفا عن أحد المتبايعين^(٣) . ونعتقد أن الحق مع الأحناف ، لأن كلا من هذه الأمور دليل الرضا بالبيع الأجنبي وترك حق الأخذ بالشفعة .

٣٤٩ - ج وفاة الشفيع ، لأن حق الشفعة لا يورث عند الأحناف ، وعند غيرهم من الفقهاء للورثة حق الأخذ بالشفعة متى كان المورث طلبها في حياته ، وقد تقدم بحث ذلك عند الكلام على شروط الشفعة .

٣٥٠ - د انتفاء الضرر عن الشفيع ببيعه ما يشفع به من عقار قبل الحكم له بالشفعة ، لأنه لن يكون حينئذ شريكا ولا جارا ، فمن أين يبيته الضرر بشراء المشتري الأجنبي ، وقد سبق بحث ذلك أيضا في الموضع المذكور آنفا ، وفيه أنه لم يخالف في هذا عبثا إلا ابن حزم^(٤) ، فلا قيمة لخلافه .

(١) كشف القناع ، ج ٢ : ٣٨٢ .

(٢) الهداية ، ج ٤ : ٣٠ ، الزيلعي ، ج ٥ : ٢٥٨ .

(٣) كشف القناع ، ج ٢ : ٣٨٢ .

(٤) المحلى ، ج ٩ : ٩٥ .

أحكام عامة

رأينا أن نبحث تحت هذا العنوان عدة مسائل تراها مبثوثة في تضاعيف فصول باب الشفعة ، وهي :

٣٥١ — (١) قد يحطّ البائع بعض الثمن عن المشتري ، أى ينزل عنه أو يهبه له أو يبرئه منه ، فهل يفيد الشفع إذا قُضى له بالشفعة من ذلك ؟ نعم ، لأن الشفعة هى — كما قلنا — تملك الشفع العقار جبرا عن المشتري بما قام عليه من ثمن وتكاليف . وعلى هذا ، إذا كان الثمن ١٠٠٠ جنيه مثلا ، ثم نزل البائع عن ١٠٠ منه ، لم يكن على الشفع أن يدفع إلا الباقي وهو ٩٠٠ جنيه . وذلك لأن هذا الحطّ يلتحق بأصل العقد ، فكأنه كان على ٩٠٠ فقط ، أما لو زاد المشتري في الثمن ، فإن الشفع لا تلزمه هذه الزيادة لأنه يأخذ العقار بما وجب بالعقد ، فتعتبر هبة مبتدأة من المشتري للبائع ، ولعلها تكون حيلة لطرد الشفع ، فلا يلزم بها^(١) .

والأمر هكذا عند الشافعية ، إلا أنهم يشترطون لإفادة الشفع من حطّ بعض الثمن أن يكون ذلك قبل لزوم البيع ، أما بعد لزومه بانهاء مدة الخيار — إن كان فيه خيار — فلا يفيد الشفع منه^(٢) ، على حين أنه يستفيد منه عند الأحناف ولو كان حصل بعد القضاء بالشفعة ودفعه الثمن فعلا فيكون له الرجوع على المشتري بالزيادة التى أخذها بلا حق ما دام البائع قد أعفاه منها .

والجناية يرون انتفاع الشفع بترك البائع بعض الثمن للمشتري ، كما أنه تلزمه الزيادة التى يزيد بها المشتري ، على أن يكون هذا وذاك فى مدة الخيار ، أى قبل لزوم عقد البيع ، كما يرى الشافعية . أما ما زيد بعد ذلك أو نقص من الثمن فلا أثر له فى حق الشفع ؛ لأن النقصان إبراء من البائع ، والزيادة هبة من المشتري ،

(١) المبسوط ، ج ١٤ : ١٠٧ ؛ الزيلعى ، ج ٥ : ٢٤٨ — ٢٤٩ .

(٢) راجع نهاية المحتاج ج ٤ : ١٤٩ ؛ الوجيز ، ج ١ : ٢١٧ — ٢١٨ .

ولا يثبت شيء من ذلك في حق الشفيع ما دام قد حصل بعد لزوم العقد واستقراره^(١).

٣٥٢ — ب) وإن كان البيع انعقد على تأجيل الثمن كله أو بعضه ، ليس للشفيع إذا تمت له الشفعة أن يستفيد من هذا الأجل الممنوح للمشتري عند أئمة الأحناف الثلاثة : أبي حنيفة وصاحبيه ، وكذلك عند الشافعية ؛ ومبنى ذلك على أن الشفعة ليست تحويل الصفقة للشفيع من المشتري ، بل نقض العقد الذي تمّ بينه وبين البائع ، ثم انعقاد بيع آخر للشفيع . ثم الناس يختلفون في اليسار والإعسار ، والحرص على الوفاء بالعهود والالتزامات . وحينئذ ، يكون للشفيع أن يدفع الثمن حالا ويأخذ المبيع ، أو ينتظر حلول الأجل . وإن آثر هذا ، كان عليه أيضاً طلب الشفعة في حينها ، وإلا سقط حقه فيها ، لأن العقد هو شرط ثبوتها وقد وجد^(٢).

وعند الإمام زفر من الأحناف أيضاً ، للشفيع أخذ المبيع متى حكم له بالشفعة ، ثم يدفع الثمن حالاً إن أراد أو عند حلول أجله . وعند المالكية والحنابلة ، للشفيع تأجيل الثمن أو دفعه منجماً (مقسّطاً) حسب الذي وقع عليه العقد ، بشرط أن يكون موسراً أو يبيع بضامنه ، وإلا وجب أن يدفع الثمن حالاً ، رعاية للمشتري^(٣).

ومن الخير في رأينا اتباع الرأي الذي ذهب إليه المالكية والحنابلة ، ضماناً لمصلحة المشتري . وقد لاحظ المشرع المدني شيئاً من ذلك ؛ فإنه وإن جاء بالفقرة الأولى من المادة ٩٤٥ من القانون المدني الجديد أن الشفيع يحل قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ، فقد عنت الفقرة الثانية بالنص على أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ، إلا برضا البائع .

(١) كشف القناع ، ٢ : ٣٩١ .

(٢) المبسوط ، ١٤ : ١٠٣ ؛ البدائع ، ٥ : ٢٤ و ٢٧ ؛ نهاية المحتاج ، ٤ : ١٥٠ .

(٣) شرح الدردير وبلغة السالك عليه ، ٢ : ٢٥٢ ؛ كشف القناع ، ٢ : ٣٩١ —

٣٩٢ . وفي رأي زفر ، راجع المراجع السابقة للأحناف ، وراجع عند ابن حزم ، المحلى

٩ : ٩٥ .

٣٥٣ — ح) هل يتوقف القضاء بالشفعة على دفع الشفيع الثمن ؟ يرى الشيخان

أن هذا ليس بلازم ، لأن حقه ثبت بمجرد البيع للأجنبي دفعا للضرر عنه ، فصار كما لو كان الشراء صدر له من البائع من أول الأمر ؛ وهنا يتم له الملك بصدور الإيجاب والقبول ، أعني بوجود العقد ، فكذلك لو كان له هذا الحق باعتباره شفيعا .

وعند الإمام محمد ، لا بد للقضاء بالشفعة أن يحضر الشفيع ثمن ما يريد تملكه بها ، دفعا للضرر عن المشتري الذي التزم بالشراء من البائع دفع الثمن له ، وقد يكون دفعه فعلا قبل الحكم بالشفعة . على أن ما يخشاه الإمام محمد من ضرر ينزل بالمشتري ، يمكن دفعه — كما يقول الشيخان — بأن له حبس العين في يده حتى يدفع الشفيع الثمن ^(١) .

ومن ذلك ، نرى أنه لا ضرورة لما قدرته الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدني الجديد ، من أن على الشفيع أن يودع بالحكمة كل الثمن الذي حصل به البيع ، ويكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، وإلا سقط حقه في الأخذ بها . وهذا في رأينا تضيق على الشفيع ، واحتياط للمشتري لا ضرورة له ؛ لأنه يكفي في معرفة أن صاحب الحق في الشفعة جاد في طلبها أن يرفع الدعوى ويسير في التقاضي ، وهذا ما يكلفه نفقات وجهداً غير يسير ، كما أنه يكفي في الاحتياط للمشتري أن له حبس المبيع تحت يده حتى يستوفي الثمن كاملاً .

٣٥٤ — د) الشفعة لا تكون إلا في العقار باتفاق الفقهاء جميعاً ما عدا ابن

حزم ، كما ذكرنا من قبل ، فالقياس ألا يملك الشفيع إذا حكم له بها إلا العقار . ولكن من المنقول ما هو متصل بالأرض اتصال قرار إلى حد كبير كالبناء ، ومنه ما هو كذلك إلى حين كالغراس والزرع . فكان من الاستحسان أن يملك الشفيع هذه الأشياء كلها ، تبعاً لحقه في تملك العقار ، مادامت قائمة عليه ومتصلة به ، على

(١) راجع في هذا وما قبله ، المبسوط ، ١٤ ، ١١٩ ؛ البدائع ، ٥ : ٢٤ — ٢٥ ؛

الزيلعي ، ٥ : ٢٤٥ .

أن يكون هذا الاتصال قائماً وقت التملك بالشفعة^(١) . وبخاصة ، وقد يراد العقار لا لذاته فقط ، بل لما يكون عليه أيضا .

٣٥٥ — هـ) إذا كان هناك شفيعان من مرتبة واحدة أى شريكان أو جاران ، وأسقط أحدهما حقه في الشفعة قبل القضاء بها ، كان للآخر أن يأخذ العقار كله^(٢) ، لأن قسمته بينهما كان لتزاحمها وقد زال . أما الإسقاط بعد القضاء فلا معنى له ، لأنه به صار مالكا لنصيبه فله أن يبيعه لمن شاء سواء كان لمزاحمه أم غيره .

فإن كانوا متعددين ، وأسقط أحدهما حقه في الشفعة لواحد معين من الآخرين ، لم يصح هذا الإسقاط له ، بل يُقضى بالعقار كله للباقيين إن كانوا من مرتبة واحدة ، أو لمن له الحق فيها وحده إن كان من مرتبة أعلى وأولى ، كالشريك بالنسبة للجار^(٣) .

٣٥٦ — و) عرفنا أن الشفيع لا يجاب لطلبه إذا أراد أخذ بعض العقار وترك البعض ، حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري . ولكن ، لو طلب هذا فعلا ، أو لو سلم الشفعة — أى نزل عنها — في نصف الدار أو الأرض ، أيعتبر ذلك منه نزولا عن الشفعة كلها وإسقاطا لها ، أم يكون له بعد ذلك طلب الكل ؟

إنه بتسليمه الشفعة في النصف مثلا ، سقط حقه في الشفعة في الجميع ؛ لأنه بنزوله عن حقه في النصف تبطل شفيعته فيه ، ثم تبطل في النصف الآخر ، لأنه ليس له أن يضر المشتري بتفريق الصفقة عليه . وكذلك الأمر في طلبه النصف فقط

(١) البدائع ، ج ٥ : ٢٧ — ٢٨ ؛ الزيلعي ؛ ج ٥ : ٢٥٢ ؛ نهافة المحتاج ، ج ٤ : ١٤٣ — ١٤٤ .

(٢) وليس له أن يأخذ نصيبه فقط ، حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري : وراجع نهاية المحتاج ، ج ٤ : ١٥٦ .

(٣) راجع في الحكم في الماليتين ، البدائع ج ٥ : ٥ — ٦ ، ابن عابدين ج ٥ : ١٤٥ — ١٤٦ .

عند الإمام محمد لما ذكرنا ، وعند أبي يوسف لا تبطل فله أخذ الكل بالشفعة أو ترك الكل ، لأن حقه ثابت في الجميع فلا يسقط إلا بالإسقاط ولم يوجد منه ^(١) . ولكن ، أليس هذا إسقاطاً لحقه دلالة ، فيكون كالإسقاط الصريح الذي وجد في حالة تسليم الشفعة في البعض ؟ وبخاصة أن الشفعة حق ضعيف ، فيستوى فيه الإسقاط صراحة أو دلالة .

٣٥٧ - ز) ونحتم هذه الأحكام العامة ببيان حالة أخيرة ، وهي هل للشفيع أن يصالح المشتري عن حقه في الشفعة أو يبيعه هذا الحق ؟ وما أثر ذلك لو حاوله الشفيع ، وكان هذا أو ذاك بعد البيع ، لأنه قبل البيع لا يثبت حق الشفعة فلا يحتمل الإسقاط ولو كان ذلك صراحة .

الشفعة شرعت على خلاف القياس كما يقولون ، لأنها تحدّ من حرية البائع والمشتري ، دفعاً للضرر عن الشريك أو الجار . فإذا رأى صاحب الحق فيها أنه لا ضرر عليه من هذا المشتري الأجنبي ، ولكنه أراد أن يفيد من هذا الحق فصالح عنه أو باعه من المشتري كان عمله باطلاً ومسقطاً لحقه في الشفعة ، وعليه ردّ ما أخذه عوضاً عنه من المشتري ؛ وذلك لأن حق الشفعة ليس بمال حتى يجوز الاعتياض عنه ، ولأنه بمحاولته تلك دلّ على رغبته عن استعمال هذا الحق فتسقط شفيعته ^(٢) .

(١) البدائع ، ج ٥ : ٢١ — ٢٢ ؛ كشف القناع ، ج ٢ : ٣٨٣ ، وفيه أن الشفعة

تسقط في الحالين كما هو رأى الإمام محمد بن الحسن .

(٢) الهداية ، ج ٤ : ٢٩ ؛ الزيلعي ، ج ٥ : ٢٥٧ .

- ۷۷ -

القسم الثالث

نظرية العقد

نظرية العقد

تمهيد

إهمال الفقهاء لنظرية العقد :

٣٥٨ - للفقهاء الإسلامى أصوله التى عرفناها ، كما له نظرياته وقواعده الكلية العامة التى قام عليها ، والتى عُنى بها بخاصة من ألفوا فى « الأشباه والنظائر » . ولكن ، إن كان هذا صحيحاً من ناحية ، فإنه صحيح أيضاً من ناحية أخرى ، هى أن هذا الفقه نشأ فى كل أدواره عن القضايا والحوادث والواقعات التى كانت السبب الأول لنزول آيات الأحكام ، وما أُنزِلَ عن الرسول من السنة على اختلاف ضروبها لبيان الأحكام التشريعية العملية لتلك الحوادث .

وكذلك أيضاً ، كانت هذه الحوادث والواقعات أهم العوامل لثروة الفقهية التى وصلت إلينا ، هذه الثروة التى كانت نتيجة اجتهاد الفقهاء ، حتى إن الفقه الفرضى أو التقديرى الذى نرى الكثير من مثله فى كتب الأحناف بخاصة ، قام بناؤه على فرض أو تقدير حوادث وقضايا تتطلب تشريعات وأحكاماً لها .

٣٥٩ - من أجل هذا الطابع ، الذى نراه بوجه عام استقرائياً وتحليلياً أكثر منه تركيبياً ، لم نر أحداً من الفقهاء قد توجّه لكتابة نظرية عامة عن العقد تتناول ما هو مشترك وعام فى العقود كلها من النواحي المختلفة ، بل كان الواحد منهم يبدأ الحديث فى كل عقد من العقود بتمهيد وجيز يتناول شرعيته ، ودليل هذه الشرعية من الكتاب أو السنة أو الإجماع ونحوها من أصول الفقه ، ثم يأخذ فى الكلام على العقد نفسه .

وكان من قَدَر الله أن صار الفقه الإسلامى يدرس على نطاق واسع فى كلية الحقوق بالجامعة ، فأنصل رجاله رجال القانون ، وأفاد كلا الفريقين من الآخر ،

وكانت نتيجة ذلك تأثراً وتأثيراً متبادلين بين القانون والفقه ، وظهر هذا بصفة خاصة في طريقة عرض المسائل ومعالجتها .

التصرف والعقد :

٣٦٠ — وبعد أن تصرفات الإنسان متعددة مختلفة إلى أكبر الحدود ، وبعضها يتباين مع البعض الآخر في سببه وآثاره ، بالنسبة لصاحب التصرف ولغيره أيضاً . من هذه التصرفات ، ما هو نزول عن بعض ما يملك من حقوق ، مثل حق الشفعة ، أو رد المبيع المعيب بعيب يُجيز له رده وفسخ البيع . ومنها ما هو تمليك الغير بعض ما يملك المتصرف من مال أو منفعة ، كما في حالات الهبة والصدقة والعارية . ومنها ، ما هو إنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه ؛ كالوقف والوعد بمكافأة لنبغة الطلبة مثلاً ، وتأجيل الدين الذي له عند آخر ، أو إبرائه منه . ومنها ، ما هو إنشاء التزام يشمل آخر معه ، كالبيع والإجارة ونحوهما مما يحتاج لتراضى الطرفين واتفاقهما عليه . ومنها ، غير ذلك كله مما لا يكاد يقع تحت حصر ، ومما يقع تحت بصرنا وسمعنا كل يوم وفي كل حال .

فأى هذه التصرفات يعتبر عقداً من العقود ؟ وما هو منها ليس عقداً بل مجرد تصرف من التصرفات التي ليست من العقود في شيء ؟ لبيان هذا الضرب من ذاك يجب أن نعرف معنى العقد في اللغة أولاً ، ثم في الفقه والقانون ثانياً . ومتى تم لنا تعريف العقد ، كان علينا أن نعرف أركانه وشروطه ، لنستطيع أن نقرر بعد ذلك بأن التصرف الذي توافرت فيه هذه الأركان والشروط هو الذي يعتبر عقداً صحيحاً بحق .

تعريف العقد

٣٦١ — في المختار : عقد الحبل والبيع والعهد فانهقد ، وبابه ضرب . والعقدة بالضم موضع العقد ، وهو ما عُقد عليه . ونقول : ومنه قوله تعالى « ولا تعزموا »

عُقْدَةُ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ^(١) ، أى لا تُحَقِّقُوا الزَّوَاجَ مِنْ امْرَأَةٍ مُطْلَقَةٍ حَتَّى تَنْتَهِيَ عِدَّتُهَا . وفى اللقَامُوسِ : عقد الحبل والبيع والعهد بعقده شدّه ، والعقد الضمان والعهد .

ونقول عادة : انعقد هذا الحبل بذاك الآخر ، أى اربط بينهما . كما يقال عادةً أيضاً ، إن فلانا عقد صلة طيبة بفلان ، أو بهذه الجماعة أو تلك ، ويراد أنه قوى ووثق ما بينهما من روابط وعلاقات . إذاً ، المعنى اللغوى للكلمة « عقد » ، لا يخرج عن الجمع أو الربط بين شيئين أو أشياء ، وعن التقوية والتوثيق .

٣٦٢ — وهذا المعنى اللغوى نجدّه فى المعنى الذى أعطاه رجال الفقه والقانون لكلمة « عقد » ، لأن هذا المعنى الشرعى أو القانونى صورةٌ من الصور التى يتحقق فيها المعنى اللغوى ، ومن المعروف وجود رابطة دائماً بين المعنى اللغوى والمعنى الاصطلاحي .

ذلك بأن من الفقهاء مَنْ يجعل كل ما عزم المرء على فعله عقداً ؛ سواء أكان هذا مما يكفى لصدوره إرادة المرء — الذى كان منه العزم — وحدها فى إنشائه ، أم كان لابد من إرادة طرف آخر تلتقى وتتوافق مع إرادته فى إنشائه . الأول ، مثل وقفه أرضه على من يريد ، أو هبته سيارته للهِلال الأحمر ، أو نزوله عن بعض ما يملك فى سبيل الدين والوطن . والثانى ، مثل بيع داره أو تأجيرها لآخر ، أو توكيله محامياً أو أى شخص آخر فى القيام بعمل من الأعمال .

هؤلاء الفقهاء ، يَرَوْنَ أن كل هذه المتصرفات ونحوها عقود ؛ لما فيها من معنى العزم وانعقاد النية على عملها بل إن عزم المرء على فعل كذا ، تقوية لإرادته التى ربما كانت مترددة فتقدم على فعله ، يعتبر أيضاً عقداً لما تضمنه من معنى التقوية والربط بين النية والإرادة والعمل بإنفاذه فعلاً ما التزمه .

٣٦٣ — وهذا التعميم في معنى العقد وما صدّقه^(١)، نراه أكثر شيوعاً في كتب المالكية والشافعية والحنابلة منه في كتب الأحناف، والعقد بهذا المعنى يكون أشدّ قرباً إلى معناه اللغوي كما يكون مرادفاً للالتزام الناشئ عن إرادة طرف واحد أو طرفين، كما ينظم أيضاً جميع أنواع التبرعات كالمهبة والصدقة والوصية^(٢).

ومن هؤلاء الذين يجعلون العقد عامّاً هكذا، الإمام أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، إذ يقول وهو بصدد تفسير مفتتح سورة المائدة^(٣): «العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه فيسبي البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً، لأن كل واحد منهما [أي من الطرفين] قد ألزم نفسه الائتمام عليه والوفاء به. وتسمى البيوع على المستقبل عقداً، لأن الخالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك. والشركة والمضاربة ونحوها، تسمى أيضاً عقوداً، لما وصفنا [أي لأن في كل منها التزاماً ألزمه كل من المتعاقدين] وكذلك العهد والأمان، لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها. وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل، فهو عقد. وكذلك النذور، وإيجاب القرب^(٤)، وما جرى مجرى ذلك».

٣٦٤ — وبجانب هذا الذي يراه الرازي وأمثاله من الفقهاء، نجد الجمهور الأعظم منهم لا يذهبون في إطلاق كلمة «عقد» إلى ذلك الحدّ من التعميم. إنهم لا يطلقون هذه الكلمة إلا على التصرف الذي بين طرفين، وتنشأ عنه التزامات تقوم بينهما، ولذلك عرفوا العقد بأنه «رابط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما، ينشأ عنه أثره الشرعي».

وتحديد العقد على هذا النحو، هو ما نريده حين نتكلم عن نظرية العقد بصفة

(١) ما صدق التعريف مثلاً هو ما ينطبق عليه، وما صدق العقد هو ما ينطبق عليه كلمة عقد.

(٢) انظر عند الحنابلة مثلاً، كتاب العقود لابن تيمية؛ ص ١٨، ١٩، ٢١، ٢٨ وغيرها.

(٣) أحكام القرآن، ٢ : ٢٩٤ — ٢٩٥.

(٤) يريد أن يلزم أمره نفسه بفعل كذا أو كذا من أعمال الخير، قربة لله عز وجل.

عامة ، وهو من جهة أخرى ، لا يختلف عن التعريف الذى اختاره رجال القانون حين يقولون : إن العقد هو « توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه »^(١) فإنشاء التزام كالبيع والإجارة ، ونقله كالحوالة ، وتعديله كتأجيل الدائن الدين للمدين ، وإنهاؤه كالإبراء من الدين ، وفسخ عقد الإجارة قبل الموعد الذى كان محدداً لها^(٢) .

٣٦٥ — وبعد هذا التمهيد ، نرى أن يكون البحث فى نظرية العقد على هذا الترتيب الذى نجده منطقياً ، وهو : تكوين العقد ، وشروطه وتقسيماته ، وإنتهائه . وسنبعث فى الكلام على تكوين العقد ؛ بعض شروطه ، وبخاصة ما يتصل بالإيجاب والقبول وصيغة العقد .

فلدينا إذا أربعة أبواب مرتبة فيما بينها ، وكل منها يُسلم للآخر الذى يليه .

(١) الوسيط للأستاذ الدكتور الرزاق السنهورى ، ص ١٣٨ .

(٢) وهنا تثار مسألة قليلة الخطر ، وهى هل العقد مرادف للاتفاق « La convention » ، أو هل هو أحسن منه ، فلا يراد به إلا إنشاء التزام أو نقله ؟ أنظر الوسيط للأستاذ السنهورى ص ١٣٧ - ١٣٨ ، مذكرات فى نظرية الالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ص ١٦١ - ١٦٢ .

الباب الاول

تكوين العقد

الإيجاب والقبول :

٣٦٦ — لكي يكون العقد ويتحقق ، لا بد له من أركان وشروط^(١) .
أما الأركان فهي الإيجاب والقبول . ذلك ، أن العقد هو ، كما قلنا ، ربط بين كلامين أو عبارتين صادر كل منهما عن طرف^(٢) ، والعبارة الأولى تسمى إيجاباً ، والثانية تسمى قبولاً . فإذا قال التاجر : يُعَيْتُكَ هذه السيارة بخمسمائة جنيه مثلاً ، كانت هذه العبارة إيجاباً ؛ وإذا قال الطرف الآخر قبلت ، كان هذا قبولاً ، وبه يتحقق العقد . وحيثُ يصير البائع ملتزماً بتسليم السيارة ، ويصير المشتري ملتزماً بدفع الثمن .

هذا الإيجاب والقبول هما ركننا العقد ، والإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد الطرفين وإن كان المشتري في عقد البيع ، والقبول ما صدر من الآخر وإن كان البائع . ولكن الشافعية والحنابلة يرون أن الإيجاب هو ما صدر ممن يكون منه التملك وإن جاء متأخراً ، والقبول هو ما صدر ممن يصير له الملك ، وإن صدر أولاً^(٣) .

٣٦٧ — على أننا إذا نظرنا لحقيقة الأمر ، وجدنا أن كلا من العبارتين الصادرتين من طرفي العقد بمعناه الخاص هي إيجاب ، أي التزام من صاحبها بما يجب عليه للطرف الآخر ، ولهذا يصح لنا أن نقول . إن كل عقد بهذا المعنى هو في الحقيقة

(١) يراد بركن الشيء مالا يوجد إلا به لأنه جزء منه ، وبالشرط ما يتوقف وجوده عليه دون أن يكون جزءاً منه . والأول كالركوع ، والثاني كالطهارة ، بالنسبة للصلاة .

(٢) تؤثر التعبير بطرف وطرفين ، بدل عاقد وعاقين ، لأن الطرف الواحد قد يكون شخصاً واحداً أو أكثر ، كاتفاق جماعة على شراء دار أو بيعها لآخر .

والواقع عقدان بالمعنى العام ، ولناخذ لذلك عقد البيع أو عقد الإجارة . ففي الأول يلتزم البائع النزول عن المبيع وتسليمه للمشتري ، نظير الثمن ويلتزم المشتري النزول عن ملكية الثمن للبائع ، نظير تملكه المبيع . وفي عقد الإجارة يلتزم المالك المؤجر النزول عن ملكية منفعة العين التي أجراها للمستأجر ، نظير الأجرة للمدة المتفق عليها ، ويلتزم المستأجر تملك الأجرة للطرف الآخر نظير الانتفاع .

وهكذا ، يظهر أن كل عبارة تصدر من طرفي عقد من عقود المعاوضات ، تعتبر إيجاباً ، وأن تسمية أحدهما إيجاباً ، والأخرى قبولاً ، ليست إلا تسمية اصطلاحية فقط ، لا واقعية . وإذا ، فالخلاف في أى العبارتين هي التي تسمى إيجاباً ، وأيهما تسمى قبولاً ، خلاف ليس بذى خطر يعتد به .

ولكى ينتج الإيجاب والقبول أثرهما ، ويكون للعقد وجود معتبر شرعاً يجب أن يتوافر فيهما شرطان :

٣٦٨ - فأولاً ، أن يكون كل منهما صادراً من شخص مميز ، يدرك ما يقول ويعنيه حقاً ، ويهذا يكون تعبيره معبراً حقيقة عن إرادته . وعلى ذلك ، إذا صدر أحدهما من شخص نائم ، أو مجنون ، أو من صبي غير مميز لا يعقل ما يقول ، كان لا قيمة له ، ولا يعتبر شرعاً ، فلا يترتب عليه أى أثر . وكذلك ، إذا كان هذا من شخص مميز عاقل ، ولكن كانت دلالته على إرادته محل شك واحتمال ، كان لا قيمة ولا أثر له أيضاً ، فلا ينعقد العقد به ^(١) .

والسبب في هذا وذاك ، أن العقد ارتباط بين إرادتي طرفيه ، والكلام ونحوه ، كالكتابة والإشارة ، ليس إلا دليلاً على هاتين الإرادتين ؛ فلا بد إذاً من أن يكون هذا الدليل صادراً من مميز عاقل ، وأن يكون واضح الدلالة على ما يقول ، وقاطعاً فيما يعنيه ، أى واضح الدلالة على الرغبة في العقد وإرادة وجوده .

(١) سيجيء تفصيل ذلك كله ، عند الكلام على الأهلية وعوارضها .

٣٦٩ — وثانياً ، يجب أن يتوافق الإيجاب والقبول على شيء واحد ، أى يردا

على هذا الشيء الذى هو محل العقد بعينه . فإذا قال إنسان لآخر : بعتك هذه الدار بما فيها من أثاث ومنقول بألفين من الجنيهات ، فقال الآخر قبلت شراءها دون ما فيها بألف جنيه مثلاً ، لم ينعقد العقد لاختلاف موضوع الإيجاب عن موضوع القبول . على أن البائع لو عاد فقبل هذا من المشتري ، جاز وتم البيع ، وكان هذا وذاك إيجاباً وقبولاً جديدين . وذلك إن لم يبين البائع فى إيجابه الأول ثمن الدار وثمن ما فيها ؛ فإن فعل ، حصل العقد بلا قبول منه جديد لعدم تفريق الصفقة عليه^(١) .

أما إن أجاب المشتري فى هذه الحالة نفسها بأن قبلَ الشراء للدار وما فيها بثمن أكثر مما طلب البائع ، فقد حصل العقد وتم البيع ، لأن القابل بالأكثر قابل طبعاً بالأقل من باب أولى ، فيكون الإيجاب والقبول قد توافقا ويكون موضوع العقد متحداً ، غير أنه لا يكون ملزماً إلا بالثمن الذى أوجب به البائع . بخلاف ما إذا صدر منه القبول بثمن أقل مما ذكر البائع ، فإنه لا يعد منه قبولاً يحصل به العقد^(٢) لعدم موافقته للإيجاب ، بل يعتبر هذا منه إيجاباً جديداً مبتدأ ، يتم به البيع إن قبله الطرف الآخر . ومثل ذلك ، لو كان الخلاف لا فى قدر الثمن ، بل فى وصفه ؛ كما إذا أوجب البائع البيع بألف جنيه حالةً ، فقبل المشتري على أن تكون مؤجلة أو ذكر البائع أنها مؤجلة إلى شهر معين ، فقبل المشتري على أن تكون مؤجلة إلى أجل أبعد من الشهر المذكور^(٣) .

٣٧٠ — وهنا نجد الأمر يختلف فى القانون عنه فى الفقه الإسلامى . إن المادة ٩٦

من القانون المدنى الجديد تقول : « إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً » .

ومعنى هذا أن العقد لا يتم فى كل الصور التى ذكرناها ، حتى فى صورة زيادة

(١) راجع البدائع ، ٥ : ١٣٦ — ١٣٧ .

(٢) البدائع ، ٥ : ١٣٧ ؛ كشف القناع ، ٢ : ٣ .

(٣) كشف القناع ، ٢ : ٣ . ومثل هذا نجده فى كتب المذاهب الأخرى .

المشتري في الثمن الذي عرضه البائع ، ومثلها زيادة الزوج في المهر الذي أوجبت به الزوجة ، أو نقص الزوجة في المهر الذي ذكره الزوج^(١) . بخلاف الفقه الذي اعتبر ، بحق ، كل ذلك ونحوه قبولاً بما أوجب الموجب بالطريق الأولى .

٣٧١ — إنهم يعللون ذلك في القانون بأنه ليس لأحد أن يدخل في ملك غيره شيئاً بلا رضاه ، وفي قبول المشتري الشراء بشئ أكثر مما أوجب به البائع إدخال هذه الزيادة في ملك بائعه دون رضاه منه ، فلا بد من اعتبار هذا القبول رفضاً للإيجاب ، ويكون هو نفسه متضمناً إيجاباً جديداً يتطلب قبولاً من البائع .
ولكن لنا أن نقول بأن أساس العقود هو التراضي حقاً ، وأن هذه الزيادة من المشتري في صورة البيع أو من الزوج في صورة الزواج ، وكذلك الخط من المهر إذا قبلت الزوجة الزواج ، بأقل ، صدرت عن رضا تام ، فلا معنى لعدم انعقاد العقد حينئذ^(٢) .

٣٧٢ — وثالثاً ، يشترط لانعقاد العقد اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد إن كان الطرفان حاضرين معا ، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب . وهذا الاتصال يكون بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن صاحبه ، وبألا يصدر منه ما يعتبر إعراضاً عن العقد من الموجب أو القابل على حد سواء .
وهذا يجرُّنا إلى الكلام عن مجلس العقد : متى يعتبر أنه مجلس واحد ، فيتم العقد بمجرد صدور القبول من الطرفين ؛ ومتى يعتبر أنه تغير ، فلا يتم العقد ولو صدر القبول بعد الإيجاب . وفي كل ذلك نجد اختلافات يسيرة بين الفقهاء ، كما أن العقود ليست سواء من هذه الناحية .

(١) أنظر الوسيط للأستاذ السهوري ، ص ٢١٩ — ٢٢٠ .

(٢) راجع ابن عابدين ، ص ٢ : ٢٧٤ ، وفيه أن النقص من المهر من جانب الزوجة يعتبر إسقاطاً للزيادة وإبراء للزوج منها ، وهذا من حقها ولا يحتاج لقبول منه . أما زيادة الزوج في المهر فيصح معها العقد أيضاً ، ولكن يتوقف قبول الزيادة على قبول الزوجة لها في المجلس . هذا في الزواج الذي يجب الحيلة فيه دائماً ، فبالأولى يمكن قياس البيع ونحوه عليه ، وأنظر أيضاً ، البدائع ص ٥ : ٢٥٨ — ٢٥٩ .

٣٧٣ — ففي عقد الوكالة مثلاً ، متى بلغ الوكيل أن فلانا وكله في القيام بكذا من الأعمال ، فله أن يقوم بهذا العمل ، ويعتبر أخذه في القيام به قبولا منه للتوكيل ، دون اشتراط لقبوله ساعة علمه بصدور العقد من الموكل ، والأمر معروف ومشاهد في حياتنا العملية دائماً^(١) . وفي الوصية يستحيل تحقق اتحاد المجلس ، لأن القبول لا يصح من الموصى له إلا بعد وفاة الموصي مُصِراً على الوصية ، ولا أثر لقبوله حال حياته فقد يرجع عنها .

لكن الغالب من العقود ، ومنها عقود المعاوضات وسائر عقود التمليكات ، على الخلاف في بعضها كالمهبة التي لا يشترط فيها الإمام مالك اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، نقول بأن هذه العقود ونحوها ، لا بد فيها من اتحاد مجلس العقد الذي يضم الطرفين معا . والخنا بلة يجعلون العقود غير اللازمة ، مثل المضاربة والمزارعة والمساقاة ، تصح بالقبول على الفور أو التراخي^(٢) .

وفي شرط اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد أو مجلس العلم ، خير للطرفين جميعاً ؛ ذلك ، بأن من مصلحة الموجب ، كالبائع أو المؤجر مثلاً ، معرفة رأى الآخر حين يعلم بإيجابه ، وبذلك لا يبقى أمره معلقاً تحت رحمته . ومن مصلحة هذا أن يبادر بالقبول إن أراد قبل أن يرجع صاحبه عن إيجابه ، أو أن يرفض إن رأى هذا خيراً له ؛ ليعتد عن مصلحته في صفقة أخرى مثلاً .

٣٧٤ — وما دُمنّا قد اشترطنا اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، فإن صاحب الإيجاب لو ترك المجلس قبل قبول الآخر يبطل إيجابه ، فلو قبل صاحبه بعد ذلك لا يعتبر هذا القبول متمماً للعقد ؛ لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود بقيام صاحبه وتركه المجلس فصار باطلاً ، فلم يتلاق به القبول ولم يتصل به . وكذلك ، لا يتم

(١) راجع البدائع ، ج ٦ : ٢١ ؛ كشف القناع ، ج ٢ : ٢٣٢ . وفي نهاية المحتاج لا يشترط في الوكالة القبول ، بل الشرط ألا يرد التوكيل كما لا يشترط في القبول فوراً ، ولا مجلس ، ج ٤ : ٢١ .

(٢) كشف القناع ، ج ٢ : ٢٣٢ .

العقد إن كان الذي ترك المجلس هو الطرف الآخر بعد صدور الإيجاب من الأول . بل إنه ، في التحليل الصحيح ، يذهب الإيجاب ، ولا يعود له وجود بعد صدوره مباشرة ؛ لأنه تعبير يصير معدوماً بصدوره من صاحبه ، ولكنه جعل باقياً مدة المجلس من باب التيسير ليكن تلاقي القبول به وانقضاء العقد .

وكذلك يبطل الإيجاب إذا رجع صاحبه عنه صراحة ، أو دلالة بإعراضه عنه واشتغاله بأمر آخر . كما يبطل الإيجاب أيضاً ، بإظهار من وُجّه إليه عدم رغبته في إنشاء العقد صراحة ، أو ضمناً بإعراضه عنه . ومتى بطل الإيجاب بصورة من هذه الصور أو غيرها ، صار القبول الذي قد يأتي بعد ذلك لا قيمة له ؛ لما قلناه من أنه جاء بعد أن صار الإيجاب معدوماً لا أثر له .

٣٧٥ — وهنا نجد العرف يقوم حكماً في تقدير أن المجلس تغير أو لم يتغير ؛ فإن بعض الفقهاء وقعوا في الغلو حين ذهبوا إلى أن أي تغير في المجلس وهيئته ، بقيام أحد الطرفين من قعود ، أو قعوده من قيام مثلاً ، يُبطل ما كان من إيجاب ، فلا قيمة لما قد يكون بعده من قبول^(١) . وهذا رأى لا يسعنا إلا رفضه ، لأن فيه كما نرى تضيقاً شديداً على الناس ، وحرماً على المتعاقدين .

على حين نجد آخرين يحكمون العرف الشائع بين الناس ، فيرون أن قيام الموجب وقد كان حين الإيجاب قاعداً ، أو جلوسه وقد كان قائماً ، ومثل هذا وذاك من الحركات التي تكون منه بعد إيجابه ، لا تغير المجلس حتى إنه إذا صدر القبول بعد ذلك في المجلس صار معتبراً وبه ينشأ العقد . والضابط في ذلك ، أن القبول يكون معتبراً مادام لم يتدخل بينه وبين الإيجاب ما يعتبر إعراضاً عن العقد من أحد الطرفين كما قلنا آنفاً ، وما دام المجلس قائماً^(٢) .

(١) هذا رأى الشافعية الذين يوجبون القبول فوراً ، ولا يجيزون أن يتخلل بين الإيجاب والقبول لفظ لا تعلق له بالعقد ولو يسيراً . راجع نهاية المحتاج ، ٣ : ٨ ؛ البدائع ح ٥ : ١٣٧ .
(٢) راجع فتح القدير ، ح ٥ : ٧٨ ؛ كشف القناع ، ح ٢ : ٤ ؛ الخطاب على خليل ، ح ٤ : ٢٤٠ — ٢٤١ .

٣٧٥ — قلنا : إن المذهب الأول فيه غلوٌ شديد ، وفيه حرج كبير على المتعاقدين ، وإن كان القياس يقتضيه ؛ ذلك بأن الإيجاب ينتفى في اللحظة التالية للحظة التي وجد فيها ، والقياس يتطلب ألا يتأخر أحد شطري العقد عن الآخر في المجلس ، ألا يفصل بينها أى فاصل زمنى . ولكن اعتبار هذا القياس يسد على الناس باب العقود من ناحية ، ومن ناحية أخرى يجب أن نلاحظ أن المجلس يعتبر وحدة تجمع المتفرقات فيه للضرورة متى لم يتغير .

ومن ناحية ثالثة ، اشتراط الفور الزمنى فى اتصال القبول بالإيجاب ، لا يتفق بحال مع ما قد يكون الطرف الآخر بحاجة إليه من التأمل فيما أوجبه الطرف الأول ، وهذا التأمل يقتضى شيئاً من الزمن بطبيعة الحال ؛ وإذا ، يكون من الحق ما ذهب إليه جبهة الفقهاء الآخرين غير الشافعية ، نعى أن العبرة تكون بعدم صدور ما يدل على الإعراض عن إنشاء العقد من أحد الطرفين بعد صدور الإيجاب^(١) .

٣٧٦ — بقيت حالة لم يتعرض لها أحد من الفقهاء صراحة ، وهى حالة ما إذا حدد الموجب للطرف الآخر مدة يقبل فيها العقد أو يرفضه ؛ فهل يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه هذه المدة ، أو له أن يعدل عنه ، فيكون القبول حينئذ لا معنى له ، لأنه جاء بعد مجلس العقد ؟ وهنا ، نجد القانون المدنى قد تعرض لهذه الحالة صراحة ، فالمادة ٩٥ منه تقول : « إذا عيّن ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد ، وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » .

وهذا أدنى إلى الحق مما نستخلصه من كلام الفقهاء : من أنه ليس للطرف الآخر أن يقبل بعد انتهاء المجلس حتى فى هذه الحالة ، كما أن التيسير فى المعاملات يقتضى القول به ما دام الموجب قد رضى بتحديد مدة للقبول ، وبخاصة والمؤمنون عند شروطهم التى لا تنافى مقتضى العقد ولا تتعارض والغرض منه .

(١) قارن مع ما تقدم ، المادة ٩٤ من القانون المدنى الجديد . وانظر الوسيط للأستاذ السهورى ص ٢١٤ — ٢١٥ مع هامش ص ٢١٥ فقيه ارتضاء الأخذ بمذهب الأحناف .

قلنا : إننا لم نجد ، بعد طول البحث وشدة التنقيب ، من الفقهاء من تعرض نصاً لهذه المسألة ، ولكن رأيت في بعض كتب المالكية ما قد يفيد الذهاب إلى ما ذهب إليه القانون . فقد رأيت هذا النقل : « كتب مؤثّق بيع مسافر عبر عنه بيعت موضع كذا من زوجتي فلانة بكذا إن قبلت ، وبينه وبينها مسافة شهرين فقال ابن عبد السلام مدة قضائه لا أجز هذا البيع على هذه الصفة ، فبدلت الوثيقة بحذف « إن قبلت » ، فقبلها »^(١) .

٤٧٧ — وبعد ذلك كله ، هل للموجب أن يرجع عن إيجابه في المجلس ، قبل قبول الطرف الآخر ؟ يرى جمهرة فقهاء المالكية أن ذلك ليس للموجب قبل أن يترك فرصة ، يقرر العرف مداها ، لصاحبه ليقبل أو يرفض إبرام العقد ، لأنه بإيجابه قد التزم أمراً تعلق به حق هذا الطرف الآخر ، ما دام مجلس العقد قائماً . وعلى ذلك ، إذا رجع الموجب عن إيجابه ، ثم قبل الطرف الآخر في المجلس ، دون أن يكون منه ما يدل من قبل على الإعراض ، يتم العقد برغم الطرف الأول . فقد جاء في مواهب الجليل للحطاب^(٢) ، نقلاً عن المقدمات لابن رشد : أنه لو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر ، لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعدُ بالقبول . وحكى القرطبي ، في تفسير قوله تعالى : « وأحلّ الله البيع » خلافاً في ذلك ، وظاهر كلامه أنه في المذهب رواية عن مالك ، ولكن الجاري على المذهب ما ذكره ابن رشد .

أما باقي علماء مذهب مالك ، وكذلك فقهاء المذاهب الأخرى ، فلا يرون هذا الرأي ؛ وإلاّ حَجَرْنَا على الطرف الأول وقيدنا من حرّيته بإلزامه ما عدل عنه ،

(١) مواهب الجليل للحطاب شرح مختصر خليل ، ج ٤ : ٢٤١ . على أن الأستاذ الشيخ على الحنيف يذكر (ص ٢٠٥ هامش رقم ١ من كتابه المعاملات الشرعية) أن المالكية يذهبون صراحة إلى ما ذهب إليه القانون ، راجعاً إلى هذا الكتاب ج ٤ : ٢٣ ، وقد رجعت إلى هذا الموضوع فلم أجد الأمر على ما قال ، ولعل هناك خطأ مطبعياً !

(٢) ج ٤ : ٢٤١ . وانظر : مذكرة في بيان الالتزامات في الشرع الإسلامي ، للاستاذ المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ، ص ٥٤ ، إذ نراه يعيل إلى هذا الرأي .

وأساس صحة العقود على التراضي من الجانبين . ولذلك يقررون أن للموجب الرجوع عن إيجابه مادام الطرف الآخر لم يقبل ، وإن لم ينته مجلس العقد .

ونحن نرى أن الحق بجانب هؤلاء لما ذكرناه من وجوب تأكيد حرية الموجب وحقوقه ، وهذا لا يضر الطرف الآخر إذ كان له — لو أراد — أن يبادر في الفترة المناسبة بالقبول قبل عدول صاحبه . ولاسيما ، وحق الملكية أقوى من حق التملك فيجب أن يُقدّم عليه عند التعارض ؛ لأن الأول ثابت لصاحبه أصالة ، والثاني لا يكون للطرف الآخر إلا برضاء الطرف الأول .

مخرج الموجب عن الأهلية :

٣٧٨ — وقد يحدث ألا يبقى الموجب أهلاً للتعاقد بعد إيجابه ، بأن جنّ أو مات قبل قبول الطرف الآخر ، فهل يبقى لإيجابه قائماً ؟ في الفقه أن إيجابه يبطل حينئذ ، فلو قبل الطرف الآخر ، لا يتم العقد لأن قبوله لم يلاق إيجاباً قائماً ، إذ ذلك الإيجاب قد ذهب بخروج صاحبه عن أهلية إنشاء العقود^(١) .

على أنه قد يقال بأن في إبطال هذا الإيجاب تضييماً لحق الغير وهو الطرف الآخر ، فلماذا لا يعتبر موجوداً حكماً حتى إذا قبل من وجّه إليه في مجلس علمه به ينشأ العقد . أما التشريع الوضعي فالأمر فيه يستلزم تفصيلاً ، ذلك أنه يقسم الإيجاب إلى :
(أ) إيجاب موجود فعلاً ، وهو الإيجاب الذي صدر من الموجب ولما يتصل بعلم من وجه إليه .

(ب) وإيجاب موجود قانوناً ، وهو ذلك الإيجاب بعد أن اتصل بعلم من وجه إليه ، والفرق بين هذين أن الأول يجوز العدول عنه ، والثاني لا يجوز العدول عنه ، وقد يجوز الرجوع فيه كما سيأتي .

وينقسم الإيجاب الموجود قانوناً إلى :

(١) انظر مثلاً ، معنى المحتاج > ٢ : ٦ .

(أ) إيجاب ملزم ، وهو الذي يلتزم صاحبه أن يبقى عليه مدةً يحددها هو ، أو يحددها القانون أو العرف . وهذا لا يجوز الرجوع فيه كما لم يجوز العدول عنه .

(ب) وإيجاب غير ملزم ، وهو الذي لا يلتزم صاحبه البقاء عليه ، وفي هذا يجوز الرجوع ، وإن امتنع الملتزم عنه .

وعلى ذلك إذا أوجب الموجب ، وفقد أهليته بالجنون أو الموت مثلاً فإن إيجابه لا يتأثر بشيء من ذلك ، ويظل له وجوده الفعلي ، حتى إذا اتصل بعلم من وجه إليه تحقق وجوده القانوني وترتب عليه أثره ؛ فإذا كان إيجاباً ملزماً ، وقبل من وجه إليه ، تيمم به العقد وترتب عليه أثره بمجرد أن يتصل القبول بعلم القيم أو الورثة ؛ وذلك لأن ذمة الموجب تبقى محملةً هذا الالتزام .

هذا كله ما لم يظهر من التعبير أو من طبيعة الالتزام غير ذلك كأن يكون مرتبطاً بتحقيقه بشخص الموجب بالذات .

أما إذا لم يكن الإيجاب ملزماً ، فلا يتم العقد في هذه الحالة ، لا لأن الإيجاب قد سقط بفقد الموجب أهليته ، ولكن لأن القبول لا يترتب أثره إلا بأن يعلمه من وجه إليه وهو هنا قد جُنَّ أو مات^(١) .

وفي هذا تقول المادة ٩٢ من القانون المدني : « إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة ، أو فقد أهليته ، قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ؛ هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

ومن الحق أن نضيف إلى هذا ، أن اعتبار الإيجاب قائماً حكماً قد يكون من صالح الموجب نفسه ، فقد يكون حظه في إتمام الصفقة ، فلماذا نبطل هذا الإيجاب فضلاً عن تعلق حق الطرف الآخر به كما ذكرنا . ومما يجب أن نلاحظه هنا ، أن الجارى

(١) راجع الدكتور عبد الرزاق السهوري ، الوسيط ، ص ١٨٢ — ١٨٨ .

على مذهب مالك — كما سبق بيانه — أن الموجب لو عدل عن إيجابه قبل تعبير الطرف الآخر عن إرادته ، لم يعتبر رجوعه وكان لصاحبه القبول — إن أراد — لتعلق حقه بإيجاب الأول . ومن باب أولى ، على ما نرى ، أن يعتبر إيجاب من خرج عن الأهلية قائماً ؛ فإنه قد تأكد في حالة الرجوع أن الموجب لا يريد إنشاء العقد ، على حين أنه في حالة فقدان الأهلية لسنا من ذلك التأكد في شيء إذ الراجح استصحاباً لما كان — أنه كان سيقى مُصِراً على الإيجاب .

الإشهاد (١٤/٦/٥٤)
القبول (٤٤/٥٤٤٥)
المستند (٤٤/٩/٥٤)

صيغة العقد

المسمى (٤٤/٨/٥٤)
القبول (٤٤/٨/٥٤)
المستند (٤٤/٩/٥٤)

٣٧٩ — لا ريب في أن أساس العقد هو توجه إرادة كل من طرفيه لإنشائه وإبرامه ، وهذه الإرادة مثل سائر أعمال النفس ، أمر لا يظهر إلا بما يدل عليه من قول أو فعل . وإذا فمن المنطق أن نقرر بأن المهم هو أن تظهر هذه الإرادة الباطنة بما يدل عليها دلالة ظاهرة لا شك فيها .

ولذلك ، نرى المادة ١٧٣ من مجلة الأحكام العدلية^(١) تقرر أن الإيجاب والقبول يكونان بالمشافهة وبالكتابة ، كما تذكر المادة ١٧٤ أن البيع ينقذ بالإشارة المعروفة للأخرس . ومن بعد « المجلة » ، نجد المادة ١/٩٠ من القانون المدني الجديد تنص على أن « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود » .

٣٨٠ — وإذا كان شأن المُقنَّنين الإيجاز ، فيما يضعون من تشريعات في صور مواد ، فليس هذا شأن الشراح والفقهاء ، بل إنهم يتعمقون المسائل ويعرضونها في بسط وتطويل ، وهكذا حال رجال الفقه الإسلامي كما سنرى .

(١) نشير هنا إلى أن أحكام هذه المجلة مأخوذة في مجلتها من الفقه الحنفي ، وبخاصة من كتب ظاهر الرواية .

إذا ، أمامنا سُبُل عديدة مختلفة للتعبير عن إرادة كل من طرفي العقد ، وبكل منها ينعقد العقد :

(أ) القول وما ينوب عنه من الإشارة .

(ب) الرسالة والكتابة .

(ج) الفعل وهو المعاوضة في البيع والشراء .

٢ . القول والإشارة :

٣٨١ — السبيل الطبيعية للتعبير عن نية النفس وإرادتها . هو القول قبل أى سبيل أخرى من سُبُل التعبير . فالعقد ينعقد بتلفظ طرفيه بالإيجاب والقبول باللغة التي يفهمانها ، متى كان التعبير الذي يصدر عن كل منهما دالاً حقاً على إرادته دون أى لبس .

إلا أن جمهرة فقهاء الحنابلة والمالكية والشافعية يشترطون في عقد الزواج لجلاله وخطره ، ولما فيه من معنى العبادة لله بتكثير من يعبدونه في هذا العالم ، أن تكون ألفاظه مشتقة من مادتي نَكَحَ وَزَوَّجَ إن كان المتعاقدان يفهمان العربية . ويستشهدون لما يذهبون إليه بأن هذين اللفظين وردا في القرآن ، فلا بد من التزامهما اقتفاء له ، وذلك إذ يقول في سورة النساء : « وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ » ، كما يقول في سورة الأحزاب : « فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَا كَهَا » .

فعند الحنابلة ، نجدهم يقولون : « ولا يصح إيجابٌ ممن يُحسِنُ العربية إلا بلفظ أنكحت وزوّجت لورودهما في نص القرآن . . . ولا يصح قبولٌ لمن يُحسِنُها إلا بلفظ قبلت تزويجها أو قبلت نكاحها » ، إلى آخره ، وبأى لفظ آخر مشتق من هاتين المادتين^(١) .

(١) كشف القناع ، ٣ : ٢٠ .

وعند المالكية ، نجد ابن رشد الجذ في كتابه المقدمات يقول ، إنه لا بد من لفظ أنكحت وزوّجت ، وفي انعقاده بلفظ الهبة خلاف بين فقهاء المذهب . وكذلك نجد عندهم جواز انعقاد الزواج بكل لفظ يدل على التملك كالهبة والصدقة إن سمي مهراً ، ليكون قرينة على إرادة الزواج ، وبلفظ بعت وملكت ، وكل هذا على الخلاف أيضاً^(١) .

والشافعية يذكرون أنه « لا يصح إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح ، أى ما اشتق منهما » ، ويعللون هذا بأن ذلك هو ما ورد في كتاب الله ، وليس لنا أن نلحق بهاتين المادتين غيرهما بطريق القياس . « فالقياس ممنوع لأن في النكاح ضرباً من التعبد ، فلم يصح بلفظ إباحة وتمليك وهبة ، وجعله تعالى النكاح بلفظ الهبة^(٢) خصوصية له صلى الله عليه وسلم لقوله : خالصة لك من دون المؤمنين ويصح عقد النكاح بالعجمية في الأصح ، وهى ما عدا العربية من سائر اللغات وإن أحسن قائلها العربية ، اعتباراً بالمعنى »^(٣) .

٣٨٢ — على أن هذه النظرة من أولئك الفقهاء ، نظرة مادية أو شكلية ضيقة ، فليس لنا أن نعتد بها ، وبخاصة ومن مميزات الفقه الإسلامى « عدم الشكلية » بصفة عامة . ثم ، إذا راعينا أن الأصل في كل العقود — ومنها عقد الزواج — هو قيامها على تراضى الطرفين ، هذا التراضى الذى يدل عليه التعبير الصحيح الواضح على إرادة كل منهما ، وجدنا من الحرج ومما لا وجه له من الحق ، تقييد طرفى عقد الزواج خاصة باستعمال ألفاظ من مادة معينة للتعبير عما يريدان ،

(١) مواهب الجليل للخطاب ، ٣ : ٤١٩ — ٤٢١ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى في سورة الأحزاب : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها ، خالصة لك من دون المؤمنين » .

(٣) نهاية المحتاج ، ٥ : ١٦٣ ولنا أن قول بأن الخصوصية التى جعلها الله خالصة للرسول وحده ، هو الزواج بلا مهر ، أى لا انعقاد الزواج بلفظ الهبة .

ما دامت هناك بجانب هذه الألفاظ ألفاظ أخرى تدل على مرادها بلا أدنى شك أو إلباس .

ولذلك ، نرى الفقهاء الأحناف يميزون انعقاد الزواج بلفظ تزويج ونكاح وغيرها مما يشتق من هاتين المادتين ، وبكل لفظ آخر وضع لتمليك العين في الحال — الهبة والصدقة والعطية والبيع والشراء — بشرط نية أو قرينة تعين أن المراد هو الزواج ، وبشرط فهم الشهود للمقصود^(١) .

٣٨٣ — وللفقهاء كلام كثير في نوع « الفعل » الذي يستعمل في التعبير اللفظي ؛ أهو الفعل الماضي وحده ؟ أم يصح استعمال الموضوع للمستقبل أيضا ؟ ولا خلاف مطلقا في انعقاد العقد بالفعل الماضي لأنه أدل على وقوع وتحقيق الشيء المراد ، ولهذا كان الرسول يستعمله في جميع العقود^(٢) إلا أن ذلك لا يمنع من القول بانعقاد العقد بالفعل الموضوع للمستقبل أيضا ، في عقود البيع أو الزواج أو غيرها على السواء ، ما دامت الحال والقرائن تدل بلا شك على أن المراد به إنشاء العقد وتحقيقه في الحال ، لا أن الغرض للمساومة أو العدة بإنشائه في المستقبل^(٣) .

وكما ينعقد العقد بفعل الأمر المراد به الحال ، ينعقد بالمضارع إذا لم ينو به الاستقبال ، وبالجملة الإسمية أيضا ؛ مثل تزويجني نفسك ، أنا متزوجك على مهر مقداره كذا من المال ، وبخاصة في الزواج ، لعدم جريان المساومة فيه . ومثل ذلك قول من يدخل في مزاد لبيع شيء من الأشياء : على بكذا ، متى قامت القرينة على أن المراد إنشاء العقد بالفعل ، لا المساومة أو الوعد بالشراء في زمن آت .

(١) راجع الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه . ٢ : ٢٧٥ — ٢٧٦ .

(٢) شرح العناية على الهداية ، على هامش فتح القدير ، ٥ : ٧٥ .

(٣) وفي بعض كتب الأحناف (المبسوط ١٢ : ١٠٩ ، الهداية ٣ : ١٧) أنه لا بد في البيع من اشتراط الفعل الماضي ، ولكن الصراح يذكرون أنه يجوز استعمال المستقبل في البيع والزواج إذا وجدت نية الحال منه . راجع فتح القدير ، ٥ : ٧٦ ، حاشية الشلبي على شرح الزيلعي ٤ : ٤ ؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ، ٢ : ٢٧١ — ٢٧٢ . وانظر عند الشافعية نهاية المحتاج . ٣ : ٦ ؛ وعند الحنابلة ، كشف القناع ، ٢ : ٣ — ٤ .

٣٨٤ — وكما ينمقد العقد بالقول ، ينمقد أيضا بالإشارة من غير القادر على الكلام . أما القادر على النطق ، فلا تنفع إشارته بالإيجاب أو القبول في انعقاد العقد ، بل عليه أن يعبر بلسانه لفظاً أو كتابة ، وإلا لم ينشأ العقد بإشارته عند الأحناف والشافعية ، لأن الإشارة — مهما كانت دلالتها على الإرادة — لا تفيد اليقين الذي يفيد التعبير اللفظي أو المكتوب .

والأخرس ، أى عدم استطاعة النطق ، قد يكون أصلياً خلقة بأن ولد مثوفا بهذه الآفة ، وقد يكون عارضاً . فإن كان أصلياً ، قامت إشارته المفهومة دائماً مقام عبارته ؛ وإن كان عارضاً بأن طرأ عليه الأخرس ، فلا تفيد إشارته في إنشاء العقد إلا إذا يئسنا من عودة النطق إليه وصارت إشارته مفهومة تدل على إرادته حقاً^(١) .

٣٨٥ — وإذا كان الآخرس قادراً على الكتابة ، كان عليه أن يعبر بها ولا تفيد إشارته في عقد العقد ، وهذا تبعاً لرواية عن الإمام محمد بن الحسن في كتابه المبسوط^(٢) ، وبذلك أخذت لأئمة إجراءات المحاكم الشرعية إذ تقول المادة ١٢٨ منها : إقرار الآخرس يكون بإشارته المهودة ، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة .

والعلة في هذا ، أن الكتابة هي الطريق الطبيعي الثاني ، أى بعد التعبير اللفظي للدلالة على إرادة صاحبها دلالة لا شك فيها ، فهي لذلك أدل على المراد بيقين أكثر من دلالة الإشارة ؛ وإذا فلا يُصار إلى هذه إلا بعد تعذر التعبير بالكتابة متى كان الذي يستطيع النطق قادراً عليها^(٣) .

(١) راجع عند الأحناف . البدائع ج ٥ : ١٣٥ ؛ وعند الشافعية ، نهاية المحتاج ، ج ٣ : ١١ ؛ وعند المالكية ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ، ج ٣ : ٣ ، وفيه عدم اشتراط أن يكون صاحب الإشارة المفهومة ، أخرس ، وراجع الأشباه لابن نجيم ص ١٨٨ .

(٢) وفي حاشية ابن عابدين ، ج ٤ : ٩ أن إشارة الناطق بحركة رأسه ، أى نعم لا تعتبر ، إلا لو حصل التسليم من أحد الجانين فيكون حينئذ يعبأ بالتعاطي .

(٣) راجع عند الحنابلة ، كشف القناع ج ٢ : ١٧٣ . وفيه أن مالا تفهم إشارته لا تصح كفالاته عن آخر ولو بالكتابة لأنها ليست صريحة ! وكذلك سائر تصرفاته ، تصح بإشارة مفهومة لا بكتابة مجردة عن إشارة يفهم بها المقصود ! .

ونحب أن نشير هنا إلى أن قواعد اللغة والفقه الإسلامى لا تأبى اعتبار إشارة القادر على الكلام ، متى كانت الإشارة دالة بلا أدنى لبس على إرادة صاحبها ، لأن المهم هو أن يكون التعبير عن الإرادة صحيحاً صراحة أو ضمناً . وهذا ما جرى عليه القانون المدنى الجديد ، كما جاء بالفقرة الأولى من المادة ٩٠ ^{صعلاً} التى سبق ذكرها ، بل إن الإشارة المتفق على دلالتها تعتبر بلا ريب تعبيراً صريحاً . وفى هذا ، يقول الأستاذ الدكتور السنهورى : «أية إشارة من غير الأخرس تواضع الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ؛ كهرز الرأس عمودياً دلالة على القبول وهزّه أفقياً أو هزّ الكتف دلالة على الرفض » ^(١) .

الرسالة والكتابة :

٣٨٦ — وكما ينعقد العقد بالتعبير اللفظى المسموع للطرفين إذا كانا حاضرين بمجلس واحد ، ينعقد أيضاً بالرسالة والكتابة إذا حمل الرسول أو البريد الإيجاب والقبول من طرفيه ؛ وحينئذ ، يعتبر مجلس العقد هو المجلس الذى بلغ فيه الرسول أو الكتاب إلى المرسل إليه ، فيشترط اتحاده على النحو الذى قدمناه .

فإذا كتب الموجبُ إيجابه للطرف الآخر فى كتاب ، أو أرسل له به رسولا ، وجب عليه — إن أراد — أن يقبل فورَ علمه بذلك أو بعد برهة يتروى فيها بشرط ألا يبرح مجلسه . فإن ترك المجلس ، أو صدر منه ما يدل على الإعراض عن الإيجاب ، كان قبوله بعد هذا لا قيمة له ولا اعتبار .

٣٨٧ — ومن الفقهاء من يرى أن المرسل إليه الكتاب ، بإيجاب البائع مثلاً إذا لم يقبل فى المجلس الأول الذى قرأ فيه الكتاب له أن يقبل فى مجلس آخر ،

(١) الوسيط ، ص ١٧٦ . وراجع الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ، ص ٣ : ٣ : الخطاب على خليل ، ص ٤ : ٢٢٩ ، ففيه أن غير الأخرس كالأخرس فى اعتبار إشارته المفهومة ، وهى أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام لقوله تعالى فى سورة آل عمران (م ٢ - ٤١) « آيتك ألا تكلم الناس إلا رمزا » والرمز الإشارة .

مهما بَعْدَ أو تعدّد ، بعد قراءته مرة أخرى ، لأن الإيجاب يعتبر موجوداً وقائماً بقيام الكتاب ، وسواء في ذلك البيع والزواج وسائر التصرفات الأخرى^(٢) .

ونحن نرى أن هذا لا يتفق والمنطق ، وفيه إعطاء الرسول والكتاب من قوة الأثر ما ليس لمرسلهما نفسه . ثم ، الكتاب ليس له من الأثر إلا أنه أبلغ الطرف الآخر إيجاب صاحبه ، فتعتبر قراءته إيجاباً من مرسله ، فلا بد إذاً من قبول الطرف الآخر أو رفضه في المجلس ، وبخاصة وقد يتضرر الموجب بذلك التأخير في تعرّف إرادة الطرف الآخر .

ويدل لهذا الذي نذهب إليه ، ما ورد في كتاب الهداية^(١) : « والكتاب كالخطاب ، وكذا الإرسال ، حتى اعتُبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة » ، ومعنى ذلك بصراحة أن كتاب الموجب أو رسوله كحديثه المباشر الموجه للطرف الآخر ، وكل ذلك ينتهي بانتهاء المجلس .

الفصل في المعاطاة :

٣٨٨ — هناك ، بعدما تقدم كلاً من انعقاد العقد بالقول الملفوظ أو المكتوب أو انعقاده بالإشارة أو الرسالة أو الكتاب ، حالات أخرى يتم فيها بغير شيء من ذلك الذي سبق بحثه أى بالفعل يصدر من المتعاقدين ، وقد يكون هذا في البيع ، ويسمى بيع المعاطاة ، كما يكون في الإجارة ، وغيرها أيضاً من ضروب المعاملات المالية .

من ذلك أن تجدد سلعة معروضة مع بائع في الطريق ، وتعرف ثمنها ، فتتمديك وتأخذها وتدفع له الثمن ، ويكون ذلك في الحقيق من الأشياء كما يكون في النفيس ،

(١) حاشية ابن عابدين ، ج ٤ : ١١ .

(٢) أول كتاب البيوع ، ج ٣ : ١٧ . وانظر فتح القدير ، ج ٥ : ٧٩ . وفيه أن المرسل رسولا أو كتاباً أن يرجع عن إيجابه قبل بلوغ الآخر وقبوله ، سواء علم الآخر أم لم يعلم ، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع . وانظر بعد ذلك الحكم في الإجارة والهبة وغيرها من التصرفات

كما لو فعلت هذا في محل ساعاتي أو جوهري يعرض عادة ما عنده ، فتمتختار ما تريد وتؤدي له الثمن المكتوب ، ومن هذا الباب ، أن تجلس في مقهى ، أو أن تدخل مطعماً ، فتنال ما تحب ، ثم تدفع ثمنه حين الانصراف . ومن باب الإجارة ، أن تتركب الترام أو سيارة عامة ، ثم تدفع أجرة ركوبك بعد أخذ التذكرة من الكسارى إلى أمثال كثيرة من هذه المعاملات ، أو عقود البيع والشراء ، أو عقود الإجارة والاستئجار . فهل تسمى تلك المعاملات والعقود عقوداً شرعية ؟ أى عقوداً بالمعنى الخاص التى تكون بين طرفين وفيها شروط العقود الصحيحة ؟

نعم ، هى عقود توافر في كلٍ منها ركن العقد الصحيح وشروطه ، ويجب لذلك اعتبارها عقوداً شرعية قانونية ، وإن لم يحصل في كل منها إيجاب وقبول باللفظ أو الكتابة أو الإشارة ، وحياتنا العملية تقتضى جوازها . إذ قد يكون من العبث والسخرية أن نلتزم الإيجاب والقبول على النحو الذى عرفناه من قبل ، حتى فيما لا خطر له من الأشياء التى تَذَخَّرُ بها حياتنا العملية كل يوم .

وإذا رجعنا إلى النصوص الفقهية ، نجد في ذلك ثلاثة آراء . منها ما لا يميز « المعاطاة » لا في البيع ولا في غيره . سواء في هذا النفيس والخسيس من الأشياء ؛ ومنها ما يميزها في البيع ونحوه في كل شيء مهما جلّ أو هان أمره ، ومنها أخيراً ، ما يميزها في كل عقد ، يباع أو غير يبيع ، إلا بعض مستثنيات في كل شيء أيضاً .

٣٨٩ — فعند الشافعية لا يجوز العقد إلا بالقول أو ما قام مقامه عند العجز عنه

كإشارة الأخرس أو كتابته ، وإذا فالبيع لا ينعقد بالفعل أو « المعاطاة » في أى شيء مهما كان حقيراً ، وإن كان بعض رجال هذا المذهب يرون انعقاده بذلك في التافه من الأشياء . وفي هذا يقول شمس الدين الرملى^(١) : « فلا ينعقد بالمعاطاة ، وهى أن يتراضيا ولو مع السكوت منهما ، واختار المصنف انعقاده بها في كل ما يعده الناس بيعاً ، وآخرون في مُحَقَّرٍ كَرغيف » .

(١) نهاية المحتاج ، ٤ : ٣٠٠ . وراجع أيضاً ، شرح منهج الطلاب وحاشية البجيرى عليه ،

٣٩٠ — وفي رأى الفقهاء الآخرين ، الأحناف والمالكية والحنابلة ، أن هذا النوع من البيع يجوز فى كل شيء وإن كان نفيساً ، متى كان هذا معتاداً دالاً على الرضا ومعبراً تماماً عن كل إرادة من المتعاقدين . ومتى جاز البيع على هذه الصورة ، يجب أن يجوز « عقد المعاطة » بصفة عامة فى البيع وغيره ، على الشرط المتقدم ، ما دام الأمر أمر تيسير التعامل ودفع الحرج على الناس ، هذا الحرج الذى يكون باشتراط صيغ خاصة للعقود لا تجوز بغيرها^(١) .

وفى هذا المذهب يقول ابن تيمية : « إنها [أى العقود] تصح بالأفعال كالمبيعات بالمعاطاة ، وكالوقوف فى مثل من بنى مسجداً وأذن للناس فى الصلاة فيه ، أو سبيل أرضاً للدفن ، أو بنى مطهرة وسبيلها للناس . وكبعض أنواع الإجارة ؛ كمن دفع ثوبه إلى غسال أو خياط يعمل بالأجرة ، أو ركب سفينة ملاح ، وكالهدية ونحو ذلك . فإن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها ، لفسدت أمور الناس . ولأن الناس ، من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا^(٢) ، ما زالوا يتعاقدون فى مثل هذه الأشياء بلا لفظ ، بل بالفعل الدال على المقصود . وهذا القول يسير على أصول أبى حنيفة ، وهو قول فى مذهب أحمد^(٣) .

والقانون المدنى ، كما جاء بالمادة ٩٠/١^{عقود} ، يتفق مع هذا الرأى ، وهو رأى أدنى إلى الحق وأقرب إلى اليسر من القول الذى لا يجيز العقد بالأفعال مطلقاً .

٣٩١ — وأخيراً ، نجد مذهباً أشد تيسيراً من سابقه ، وهو الذى يرى أن العقد مهما كان أمره وموضوعه ، ينعقد بالقول أو الفعل الدال دلالة لا لبس فيها على إرادتى كل من طرفيه ، سواء كان العقد على هذا الوضع متعارفاً أم غير متعارف . فكل ما يدل على البيع ينعقد به ، وكل ما يدل على الإجارة ينعقد بها ، وكذلك الشركة والوكالة والسلم والعقود الأخرى على اختلافها وتعددتها .

(١) راجع الدر المختار وفتح القدير ، ج ٥ : ٧٧ ؛ والفرح الكبير للدردير وحاشية السوق ج ٣ : ٣ كشف القناع ، ج ٢ : ٤ .

(٢) وقول نحن الآن ، إن ذلك لا يزال متعارفاً إلى يومنا هذا أيضاً .

(٣) فتاوى بن تيمية ، ج ٣ : ٢٦٧ — ٢٦٨

إن الضابط عند الذين ذهبوا هذا المذهب ، هو أن يكون ما يستعمله العاقدان من قول أو فعل يدل بيقين على ما يريدانه من إنشاء العقد وإبرامه ، دون نظر إلى ما تُعَوِّف من الصيغ أو الأشكال التي ينعقد بها العقد . وهكذا نرى هذا الرأي يسير في « عدم الشككية » إلى أقصى الحدود ، وهو الرأي الغالب على أصول مذهب مالك ، كما أنه ظاهر مذهب ابن حنبل^(١) ، وهو ما نرضاه رأياً لنا .

٣٩٢ — ولكن ، مع إباحة العقد بالأفعال ، وخلاف الفقهاء في ذلك بين مانع ومضيق وموسع ، نراه جميعاً على رأي واحد في أن الزواج لا ينعقد بالفعل ، بل لابد من القول للقادر عليه . وذلك الإجماع له معناه وما يبرِّره ، من خطر عقد الزواج الذي يبيح لطرفيه ما كان محرماً عليهما بدونه ؛ فوجب أن يحتاط له كل احتياط ، وألا يتم إلا بأقوى الدلالات على الإرادة وهو القول . فضلاً عن أن كرامة المرأة والرجل تأبى كل الإباء أن ينعقد الزواج « بالمعاطاة » مثلاً ، كما أن فيه معنى جليلاً من عبادة الله كما سبقت الإشارة إليه .

ولعل ذلك هو المعنى الذي جعل بعض الفقهاء يرون أن عقد الزواج لا يصح بغير اللغة العربية لمن كان من أهلها . على أن ابن تيمية لم يرض — بحق — هذا الرأي ، وقال في معرض رده له : « إنه — أي الزواج — وإن كان قرينة ، فإنما هو كالعتق والصدقة^(٢) ؛ ومعلوم أن العتق لا يتعين له لفظ لا عربي ولا أعجمي ، وكذلك الصدقة والوقف والهبة لا يتعين لها لفظ عربي بالإجماع . ثم ، الأعجمي إذا تعلم العربية في الحال ، ربما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ كما يفهم من اللغة التي اعتادها . نعم لو قيل تكرر العقود بغير اللغة العربية لغير حاجة ، كما يكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة ، لكان متوجهاً ، كما روى عن مالك وأحمد والشافعي ما يدل على كراهة اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة^(٣) . وهذا كلام دقيق ، ويدل على سعة نظر ، فلا يحتاج إلى تعليق .

(١) وراجع فتاوى ابن تيمية أيضاً ، ج ٣ : ٢٦٨ وما بعدها .

(٢) أي في أنهما قرينة لله تعالى .

(٣) تراجع فتاوى ابن تيمية ، ج ٣ : ٢٦٩ وما بعدها .

الترجمة (١٠/٢/١٠) الإرادة الواحدة وأثرها

٣٩٣ — الأصل في الالتزامات والمعقود أن تكون بين طرفين ، ولكن لنا مع ذلك أن نتساءل : هل من الممكن أن تنشئ الإرادة الواحدة التزاماً ؟ وإذا صح هذا ، فهل يصح أيضاً أن تنشئ عقداً ؟ علينا إذاً ، أن نبحث الأمر من ناحيتين :

١ — الإرادة الواحدة والالتزام .

٢ — الإرادة الواحدة والمقد .

٣٩٤ — ولبحث الأمر من الناحية الأولى ، يحسن أن نشير إلى مذهبين في الالتزام ، وهما المذهب الشخصي Theorie subjective ، والمذهب المادي Theorie objective^(١) . فالأول يقوم على أن الالتزام رابطة شخصية بين المدين أى الملتزم ، والدائن أى الملتزم له . فهو لذلك ، سلطان شخصي للدائن على المدين فيخضعه له ، وقد استلهم أصحاب هذا المذهب القانون الرومانى الذى كان يرى فى الالتزام رابطة شخصية قوية بين طرفيه ، إلى درجة أن يكون للدائن سلطان على جسم المدين وحرية .

على حين أن المذهب المادى لا ينظر هذه النظرة الشخصية الذاتية للالتزام ، بل ينظر إليه نظرة مادية تقوم على محل الالتزام وموضوعه ، لأن هذا هو العنصر الأساسى فيه بلا ريب ، وبذلك يصبح الالتزام علاقة مالية أكثر منه علاقة شخصية بين طرفيه^(٢) .

(١) نؤثر أن نقول فى ترجمة المصطلحين المرئيين : النظرية الذاتية والنظرية الموضوعية ؛ لأن الأولى ترى فى الالتزام علاقة ذاتية بين طرفيه ، على حين ترى الأخرى فيه علاقة موضوعية ترجع إلى محل الالتزام . كما أن الترجمة التى نؤثرها ، تتفق وما عرف فى لغة الأدب والفلسفة فى التعبير عن هاتين النظريتين أو هذين المذهبين . على أن الأستاذ السهورى نفسه ، استعمل الترجمة التى نؤثرها فى موضع آخر ، الوسيط ص ١٧٩ .

(٢) راجع فى بيان هذين المذهبين ، الوسيط للأستاذ السهورى ، ص ١٠٦ وما بعدها .

٣٩٥ — ولهذا الخلاف النظرى فى الالتزام ، نتائجها فى الناحية العملية والتطبيقات . فالذى ينظر إليه من الناحية الموضوعية ، يرى أن من الممكن قبول تحويل الدين من المدين إلى مدين آخر ، لأن المهم فى الالتزام هو محله لا شخص كل من طرفيه ؛ وكذلك يمكن تصوّر قيام التزام من طرف واحد كالذى يَعدُّ بمكافأة تدفع للأول من الناجحين فى ليسانس الحقوق مثلا ، مادام النظر فى الالتزام إلى الموضوع ، لا إلى الأشخاص أيضا .

ولكن النظرية الشخصية أو الذاتية لا تتسع لهذا أولئك ، مادامت لا ترى فى الالتزام إلا رابطة شخصية بين طرفيه : الدائن والمدين ، فلا بد إذا من وجود كل منهما وقت إنشاء الالتزام ، وإذا فالوعد بالجائزة مثلا من شخص إلى آخر غير موجود ساعة إنشائه لا يتصور على هذا الأساس .

١- الالتزام بإرادة واحدة :

٣٩٦ — نستطيع أن نقرّر بناء على النظرية الموضوعية للالتزام ، أن الإرادة الواحدة ، قد تنشئ الالتزام ، فيصبح صاحبها حينئذ مدينا أو ملتزما لآخر غير موجود حين إنشاء الالتزام ، والمثل لذلك كثيرة فى الفقه الإسلامى وفى الحياة العملية الواقعية .

ولعلنا لا نعدو الحقيقة إذا قلنا إن الأصل فى جواز الالتزام بإرادة واحدة فى الفقه الإسلامى ، هو ما جاء فى القرآن من قوله تعالى^(١) : « قَالُوا تَقْذِرُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ » . والأمر أن سيدنا يوسف عليه السلام حين باعه إخوته حسداً له ، ومن الله عليه بأن صار أمين بيت المال لدى فرعون مصر ثم جاء إخوته طلبا لبعض الحبوب ، فعرفهم وعمل على استبقاء شقيقه لديه وذلك

(١) سورة يوسف ك ١٢ — ٧٢ .

بدس سِقَايَةَ الْمَلِكِ أَوْ صُوعَايَهُ^(١) فِي رَحْلِهِمْ ، حَتَّى إِذَا انصَرَفُوا بِمَا طَلَبُوا لِحَقِّهِمْ مِنْ صَاحِبِهِمْ وَهُوَ لَا يَعْرِفُ مَا صَنَعَ يُوسُفُ - إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ ! فَأَنكَرُوا ، فَقَالَ لَهُمْ لَقَدْ فَقَدْنَا صُوعَا الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ مِنْ الْحَبُوبِ ، وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ وَضَمِينٌ وَنَعُودُ إِلَى مَثَلِ الْإِتِّزَامِ بِإِرَادَةِ وَاحِدَةٍ . فَتَقُولُ إِنْ مِنْهَا مَا يَرْجِعُ إِلَى مَا يُسَمَّى فِي الْفَقْهِ بِالْجُعَالَةِ (بِتَثْلِيثِ الْجِيمِ) ، وَمِنْهَا مَا هِيَ تَصْرِفَاتُ أُخْرَى ، تَدْخُلُ تَحْتَ بَابِ وَاحِدٍ مِنْ أَبْوَابِ الْفَقْهِ .

٣٩٧ - فَمَنْ الْجُعَالَةُ مَنْ يَلْتَزِمُ بِجَعْلٍ أَوْ أَجْرٍ مُعَيَّنٍ ، لِمَنْ يَرُدُّ عَلَيْهِ دَابَّتَهُ الشَّارِدَةَ أَوْ مَتَاعَهُ الضَّائِعَ ، أَوْ مِنْ يَبْنِي لَهُ هَذَا الْحَائِطَ ، أَوْ يَحْفَرُ لَهُ هَذِهِ الْبُئْرَ حَتَّى يَصِلَ إِلَى الْمَاءِ ، إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ كُلِّهِ مِنَ الْأَعْمَالِ كَالْتِزَامِ مَكَافَأَةِ الْأَوَائِلِ النَّاجِحِينَ ، بِشَرَطِ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ مُعَيَّنًا وَلَا يُضْرَبُ لَهُ الْجَاعِلُ أَوْ الْمَلْتَزِمُ أَمْدًا مُعَيَّنًا . وَالْفُقَهَاءُ يَجْعَلُونَهَا « عَقْدًا » جَائِزًا غَيْرَ لَازِمٍ وَمِنْ الْفُقَهَاءِ ، كَأَبِي حَنِيفَةَ ، مَنْ لَا يَجِيزُهَا لِمَا فِيهَا مِنْ الْفَرَارِ ، بِالنِّسْبَةِ لِلْمَلْتَزِمِ وَبِالنِّسْبَةِ لِمَنْ يَقُومُ بِالْعَمَلِ الَّذِي لَا يَعْرِفُ مُقَدِّمًا كَمْ يَقْتَضِيهِ مِنْ مَجْهُودٍ إِنْ أَمَكَّنَهُ فَعَلًا الْقِيَامُ بِهِ^(٢) .

وَمِنْ الْجُعَالَةِ مَا يَفْرُضُهُ الْأَمِيرُ مِثْلًا عَلَى نَفْسِهِ مِنْ جَائِزَةٍ لِلْفَائِزِ الْأَوَّلِ مِنَ الْمُتَسَابِقِينَ . فِيمَا يَحِلُّ فِيهِ السِّبَاقُ ، أَوْ التَّزَامُ الْقَائِدُ بِمَبْلَغٍ مُعَيَّنٍ أَوْ جِزءٍ خَاصٍّ مِنَ الْغَنِيمَةِ لِأَوَّلِ مُقْتَحِمِ الْحَصْنِ عَلَى الْعَدُوِّ . وَمِنْهَا ، التَّزَامُ الْوَالِدِ بِأَجْرِ مُعَيَّنٍ لِلطَّبِيبِ الَّذِي يَشْفِي ابْنَهُ مِنْ هَذَا الْمَرَضِ ، أَوْ لِلْعَلَمِ الَّذِي يَحْفَظُ ابْنَهُ الْقُرْآنَ ، أَوْ يَخْرِجُهُ فِي الْمَوْسِمِ^(٣) .

(١) فِي الْقَامُوسِ الصَّاعِ وَالصُّوعَا الْمَكْيَالُ الَّذِي يَكَالُ بِهِ ، وَأَنَّهُ أَيْضًا الْجَامُ أَيْ الْإِمَاءُ بِعَرَبِ فِيهِ ، وَهَذَا هُوَ الْمَعْنَى الَّذِي يُرَادُ هَذَا لِيَكُونَ هُوَ وَالسَّقَايَةُ شَيْئًا وَاحِدًا . وَانْظُرِ الْقِصَّةَ بِتَمَامِهَا ، وَمَا فِيهَا مِنَ الْأَحْكَامِ الْفَقْهِيَّةِ ، فِي كِتَابِ أَحْكَامِ الْقُرْآنِ لِلْجِصَّاصِ ج ٣ : ١٧٤ وَمَا بَعْدَهَا .

(٢) مَوَاهِبُ الْجَلِيلِ وَبِهَامِشِهِ التَّاجُ وَالْإِكْلِيلُ لِلْعَوَاقِ ، ج ٥ : ٤٥٢ وَمَا بَعْدَهَا ؛ كَشَافُ الْقَنَاقِ ، ج ٢ : ٤١٧ ؛ فِتَاوَى ابْنِ تَيْمِيَّةَ ، ج ٣ : ٣١٣ ؛ مَغْنَى الْمُحْتَاجِ ، ج ٢ : ٤٢٩ وَمَا بَعْدَهَا ؛ بَدَايَةُ الْمُجْتَهِدِ ، ج ٢ : ٢٣٢ - ٢٣٣ .

(٣) الْبَدَائِعُ ، ج ٦ : ٢٠٦ ؛ ابْنُ عَابِدِينَ ، ج ٥ : ٦١ ؛ الْقَوَانِينُ الْفَقْهِيَّةُ لِابْنِ جَزَى ،

٣٩٨ — وبعد الجمالة ، نجد الالتزام بإرادة واحدة في تصرفات أخرى ،

نذكر طائفة منها ، وهي :

(١) الوقف ، كأن يقف إنسان هذه الأرض على إقامة مصنع للسلاح والذخائر الحربية ، أو على طلبية العلم بالأزهر ، أو يقف هذه الدار لتكون منزلاً لمن يمر بهذه المدينة من الرحالة المسلمين مثلاً . أما لو قال وقفها على فلان ، ثم على جهة خير عيّنها ، فإن عقد الوقف يتم أيضاً بإرادة الواقف وحده ؛ ولكن لفلان هذا ألا يقبل أن يكون مَصْرِفاً له ، وحينئذ تكون وفقاً على جهة الخير التي عيّنها من أول الأمر .

(٢) والإبراء من الدين يتحقق بمجرد إبراء الدائن مدينه مما في ذمته له من دين ، دون حاجة لقبول المدين ، إلا أن له أن يرُدّ هذا الإبراء ، حتى لا يثقل نفسه بتحمل يد الدائن عليه . وذلك لأن معنى الإبراء تملك الدين من المدين ، والإنسان لا يملك شيئاً جبراً عنه^(١) . على أن لنا أن نقول من ناحية أخرى ، إن الإبراء في حقيقته إسقاط لحق صاحبه ، فلا يحتاج إذاً لقبول من المدين .

وهذا هو ملاحظته المادة ٣٧١ من القانون المدني الجديد التي تقول : « ينقضى

الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ؛ ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » . وذلك ، أي عدم احتياج الإبراء لقبول وارتداده بالرد من المدين ، متفق — كما نرى — مع الفقه الإسلامي .

(٣) والهبة تتم متى التزم بها الواهب دون حاجة لقبول من الموهوب له ، وإن كان هذا لا يملك ما وهب له إلا بقبضه ، حتى جاز للواهب الرجوع في هبته قبل القبض على أن من الفقهاء^(٢) من شرط لتمام هذا العقد قبول الموهوب له ؛ وحينئذ تكون عقداً بالمعنى الخاص ، أي عقداً بين طرفين ، لا مجرد التزام من جانب واحد .

(١) راجع المادة ٥٦٨ من المجلة العدلية .

(٢) من هؤلاء الفقهاء الإمام زفر من الأحناف ، راجع البدائع ج ٦ : ١١٥ .

(٤) والوصية ، هي كذلك التزام من الموصى بالنزول عن كذا من ماله بعد وقاته لفلان من الناس أو لجهة من جهات الخير ؛ فهي عقد بالمعنى العام يتم بمجرد صدوره من الموصى ، وينفذ متى كان الموصى به لا يزيد عن ثلث التركة ، أو زاد ، وأجاز الورثة هذه الزيادة .

(٥) واليمين ، مثل قول إنسان . والله لأتصدقن بكذا من المال ، أولاً أعلن هذا الطالب النابه على نفقتي ، يجعل الحالف ملتزماً بما حلف عليه ، فيجب عليه ديانة القيام به .

(٦) والكفالة التزام من الكفيل بالدين بأدائه للدائن بدلا من المدين ، ولا يتوقف على رضا الدائن أو المدين نفسه عند مالك وأبي يوسف من الأحناف ، فيكون التزاما من جانب واحد . وعند الطرفين ، أبي حنيفة ومحمد ، أن هذا عقد لا يتم إلا بإرادة الدائن أيضاً وقبوله^(١) .

العقد بإرادة واحدة

٣٩٩ — رأينا فيما سبق أنه من اليسير تصور صدور الالتزام من جانب واحد ، وأن ذلك واقع فعلا في الحياة العملية . وبعد هذا ، علينا أن نبحث هنا مسألة صدور العقد من جانب واحد وإرادة واحدة ، مع مانع من أن العقد ينشأ عن إيجاب وقبول كل منهما يعبر عن إرادة صاحبه .

ثم ، للعقد آثار يلتزم ببعضها الموجب ، ويلزم ببعضها الآخر القابل ؛ مثل — في حالة البيع والشراء — نزول البائع عن ملكية المبيع وتسليمه للمشتري ، ونزول المشتري عن ملكية الثمن ودفعه للبائع . وإذا ، فلدينا بائع مملك للمبيع ومشتري

(١) راجع عند المالكية ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ، ج ٣ : ٣٧٥ ؛ الشرح الصغير له أيضاً ، ج ٢ : ١٧٢ . وفيهما أنه لا يشترط إذن المدين ، ويشترط على قول ، والرأى الأول هو ما في المدونة وغيرها . وراجع عند الأحناف ، البدائع ، ج ٦ : ٢ . وعند الشافعية لا يشترط رضا المكفول أو المضمون عنه قطعا ، وفي اشتراط رضا الدائن وقبوله قولان راجع نهاية المحتاج ، ج ٣ : ٤٠٢ — ٤٠٣ . وعند الحنابلة لا يشترط قبول أو رضا الدائن أو المدين ، كشف القناع ج ٢ : ١٧٥ .

متملك له ، والأمر كذلك في الثمن ولكن على العكس . وكل ذلك ، يحتم أن يكون العقد من طرفين ، لكل منهما إرادته وعبارته والتزامه ، لا من شخص واحد ليس له إلا إرادة واحدة . إذ لا يتصور أن يكون الشخص الواحد مُملِكا ومتملكا في عقد واحد وآن واحد ، وملتزمًا بالتزامات متعارضة في عقد واحد وآن واحد أيضاً .

٤٠٠ — من أجل ذلك كله ، ذهب الشافعي إلى أنه لا يصح ، عقلا ولا شرعاً أن يتولى العقد طرف واحد عن الجانبين ، سواء في ذلك عقد البيع وغيره كالزواج إلا في حالة الجِدِّ فقط ، فله أن يزوجه حفيدته ببعضهما ، ويتولى هو وحده العقد عن الطرفين ، وذلك للضرورة لأنه ليس هناك أحد في درجته حتى يتولى زواجهما^(١) . والإمام زفر من الأحناف ، يشتد في هذا أكثر من الشافعي ، فلا يجيز مطلقاً أن يتولى واحد طرفي العقد ، حتى في حالة تزويج الجد لحفيديه ، قياساً للزواج على البيع ونحوه ، ولما جاء في الأثر المروي عن الرسول من أن « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سِفَاح : خاطب وولى وشاهدًا عدل^(٢) » .

٤٠١ — أما الأحناف ، ماعدا زفر ، فيرون أن هناك فرقاً بين البيع ونحوه وبين الزواج . إنه في الضرب الأول من العقود ترجع حقوق العقد وآثاره^(٣) للعائد نفسه ، على حين أنها ترجع لصاحب الشأن نفسه في الزواج ، فلا يكون من تولى العقد إلا سفيراً ومعبراً عنه . وإذا ، فلا يصح في عقد البيع ومثله أن يتولاه عاقد واحد ، إذ لا يتصور أن يكون شخص واحد مملِكا ومتملكا ومطالباً ومطالباً في آن واحد . إلا أنهم يستثنون من ذلك بعض الحالات : مثل بيع الأب ، أو وصيه ،

(١) نهاية المحتاج ، ج ٥ : ١٩٢ ، ١٩٣ ؛ الزيلعي ، ج ٢ : ١٣٢ — ١٣٣ ؛ الهداية وفتح القدير ، ج ٢ : ٤٢٧ — ٤٢٨ .

(٢) فتح القدير ، ج ٢ : ٤٢٧ ؛ الزيلعي ، ج ٢ : ١٣٣ . وهنا الأثر ، إن صح ، يشهد للشافعية بخاصة ، إذ يقولون : « لا تزوجه امرأة نفسها ، ولو بالذم ولها » ، نهاية المحتاج ج ٥ : ١٧٢ .

(٣) مثل تسليم المبيع وتسليم الثمن في عقد البيع ، والخاصة عند النزاع في هذه السبيل .

أو الجدة ، مال الصغير من نفسه ، أو شرائه لنفسه ، على التفصيل الذي ستعرفه في بحث « الولاية » فيما يأتي ^(١) .

لكن الأمر في الزواج غير ذلك ، مادام العاقد ليس إلا سفيراً عن الأصيل ومعبراً عنه ، والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين بصفتين مختلفتين ^(٢) ؛ ولهذا يجوز أن يتولى العقد شخص واحد عن الطرفين ، ثم يرجع حكم العقد وحقوقه وآثاره إلى الأصيلين : الزوج والزوجة .

٤٠٢ — وبستدل الأحناف أيضاً لمذهبهم بما رواه البخاري ، وهو أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ : أتجعلين أمرك إلي ؟ قالت : نعم ، قال : تزوجتك . فهذا عقد زواج يتم بتعبير واحد ، وكذلك يستدلون بما رواه أبو داود في سننه عن عقبة بن عامر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال لرجل : أترضى أن أزوجه فلانة ؟ قال : نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجه فلاناً ؟ قالت : نعم : فزوج أحدهما من صاحبه ^(٣) .

ومن ثم ، قالوا بأن لابن العم أن يزوجه بنت عمه من نفسه ، ولو وكيل أن يزوجه موكلته من نفسه ، وقد استدل بما رأينا . كما أنه لأي إنسان أن يتزوج بعبارة واحدة يصدرها هو ، من أذنته في تزويجها من نفسه ، خلافاً لزفر والشافعي في ذلك كله ^(٤) .

٤٠٣ — وإذا صح عند الأحناف أن يتولى عقد الزواج عاقد واحد عن الطرفين فإن لذلك صوراً مختلفة ، وفي هذا يقول علاء الدين الكاساني ما نصه :

« وأما بيان أن النكاح ينعقد بعاقده واحد ، أو لا ينعقد إلا بعاقدين ، فقد اختلف في هذا الفصل . قال أصحابنا : ينعقد بعاقده واحد إذا كانت له ولاية

(١) وراجع أيضاً ، فتح القدير ، ج ٢ : ٤٢٨ ؛ البدائع ، ج ٢ : ٢٣٢ .
(٢) ولذلك مثل أخرى ؛ منها أن يكون العاقد أصيلاً عن نفسه ، ووكيلاً عن غيره أو ولياً لغيره ، أو يكون وكيلاً عن طرفي العقد معا في بيع شيء معين محدد وشرائه .
(٣، ٤) البدائع ، ج ٢ : ٢٣١ — ٢٣٢ ؛ الزيلعي ، ج ٢ : ١٣٢ ؛ فتح القدير ، ج ٢ : ٤٢٧ ؛ ابن عابدين ، ج ٢ : ٣٣٥ — ٣٣٦ . وراجع نهاية المحتاج ، ج ٥ : ١٩٣ ، في عدم جواز تزويج ابن العم بنت عمه التي تحت ولايته من نفسه عند الشافعية .

من الجانبين ؛ سواء ولايته أصلية كالولاية الثابتة بالملك والقرابة ، أم دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة ؛ بأن كان العاقد مالكا من الجانبين ، كالمولى إذا زوج أمته من عبده أو كان وليا من الجانبين ، كالجد إذا زوج ابن ابنه الصغير بنت ابنه الصغيرة ، والأخ إذا زوج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير ؛ أو كان أصيلا ووليا ، كابن العم إذا زوج بنت عمه من نفسه . أو كان وكيلا من الجانبين أو رسولا من الجانبين ، أو كان وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر ، أو وكلت امرأة رجلا ليزوجهما من نفسه ، أو وكل رجل امرأة لتزوج نفسها منه ، وهذا مذهب أصحابنا الثلاثة ، وقال زُفَرٌ لا ينعقد النكاح بعقد واحد أصلا ، وقال الشافعي إلا إذا كان وليا من الجانبين^(١)

٤٠٤ — وفي الفقه الحنبلي نجد توسعا أكثر من الفقه الحنبلي في مسألة قيام إرادة واحدة من شخص واحد بعقد العقد . إن الحنابلة كالأحناف في جواز تولى واحد عقد الزواج ، وفي تعدد صور هذه الحالة^(٢) . إلا أن ابن حنبل لا يجعل ذلك مقصوراً على الزواج فقط ؛ بل يجوز عنده أن يتولى عقد البيع ، ونحوه من عقود المعاوضات الأخرى كالإجارة مثلا ، عاقد واحد عن الجانبين كالوكيل عن الطرفين وذلك لأن حقوقه وآثاره ترجع للموكل صاحب الشأن نفسه حتى في عقود المعاوضات^(٣) . ولهذا ، يصح أن يكون الشخص الواحد وكيلا في الدعوى عن المدعى والمدعى عليه ، فيدعى عن أحدهما ، ويجيب عن الآخر ويقم حجة كل واحد منهما^(٤) .

ونحن نرى أن توكيل شخص واحد عن المدعى والمدعى عليه في قضية واحدة أمر لا يستقيم عادة ولا عقلا ، وتكون نتيجته — إن وقع فعلا — ضرر أحد

(١) البدائع ، ٢ : ٢٣١ . وانظر أيضاً ، الزيلعي وحاشية الشلي عليه ، ٢ : ١٣٢ — ١٣٣ ؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، ٢ : ٣٣٤ .

(٢) كشف القناع ، ٣ : ٣٥ .

(٣) كشف القناع ، ٢ : ٢٣٨ . ونحن نرى أن نظرة الأحناف أدق ، حين ذهبوا إلى أن حقوق العقد في المعاوضات ترجع للوكيل ؛ لأن الإنسان يوكل غيره ليقوم عنه بعناء العمل ، وبما قد يترتب عليه من آثار وخصومات ، حتى يتم له الوصول إلى غرضه من العقد .

(٤) المرجع نفسه ٢ : ٢٣٩ .

الطرفين . فالمرء لا يكون مُمَثِّلًا حقَّ التَّثْيِيل لأحد الطرفين في قضية ، ويقوم بما يجب لصالحه ، إلا إذا وضع نفسه موضع موكله حقاً فكأنه هو ، وبذلك يتشوّف ويستلهم كل ما يفيد دون خصمه . نعم ! نوافق على أن يكون الشخص الواحد مُحَكِّمًا مثلاً في صلح عن الطرفين ؛ ولكن هذا شيء ، والدعوى أمام القضاء شيء آخر لما تتطلبه عادة من الإلحاح في الخصومة .

٤٠٥ — بقي بعد ما تقدم كلّهُ ، بحث : هل يتولى فضوليّ واحدٌ عقد الزواج عن الطرفين ، أو لا يصح ؟ وهنا نجد من صاحب « تنوير الأبصار » وشرحه « الدر المختار » ، وابن عابدين في تعليقه عليها ، التصريح بأن هذا لا يجوز ، ونذكر ما جاء عن ذلك بنصّه : ويتولى طرفي النكاح واحد بإيجاب يقوم مقام القبول في خمس صور . . . ، ليس ذلك الواحد بفضولي ولو من جانب ، وإن تكلم بكلامين على الراجح ؛ لأن قبوله غير معتبر شرعاً ، لما تقرر أن الإيجاب لا يتوقف على قبول غائب^(١) .

ويراد هنا بكلمة : « على الراجح » ، الإشارة إلى رأى أبي يوسف ، وهو أن عقد الزواج الذي عقده عن الطرفين فضوليّ ينعقد موقوفاً على إجازتهما ، خلافاً لأبي حنيفة ومحمد . أما لو قبل الزواج بالمجلس فضوليّ آخر ، فإن الزواج ينعقد موقوفاً بلا خلاف بين الأئمة الثلاثة^(٢) .

٤٠٦ — وأخيراً ، من الحق أن يقال إن الأصل والقياس في الفقه الإسلامي ألا ينعقد العقد بإرادة واحدة عن طرفيه ، فذلك ما لا يتفق — كما قدمنا — مع طبيعة العقد وما يرتبه من آثار متعارضة بالنسبة لكل من الجانبين . ولكن الحاجة واعتبار المصلحة جعل بعض الفقهاء يجيزون ذلك استثناء من ذلك الأصل

(١) ٢٠ : ٣٣٤ — ٣٣٥ .

(٢) البدائع ، ٢٠ : ٢٣٢ — ٢٣٣ ؛ الهداية وفتح القدير ، ٢٠ : ٤٣٠ — ٤٣١ ؛

الزيلعي ، ٢٠ : ١٣٣ — ١٣٤ .

العام ؛ وإلا لوقع الناس في الخرج ، ولم يكن من الممكن أحياناً صدور ما يحتاجون إليه من عقود فيها الخير لطرفيها .

كما أنه قد يقال ، من ناحية أخرى ، إن هذه الإرادة الواحدة لمن يقوم بالعقد عن الجانبين تتمثل فيها إرادتا الطرفين معا ، نعم ! يقال ذلك من باب التحليل العميق ، والتجريد المنطقي ، ولكن الواقع العملي يُرينا أنه ليس أمامنا في هذا العقد إلا إرادة واحدة هي التي بها نشأ العقد وصار موجودا .

ذلك موقف رجال الفقه الإسلامى في هذه المسألة ؛ وهو يتلخص فيمن يضيق من انعقاد العقد بإرادة واحدة ، وفيمن يوسع إلى حد كبير ، وفيمن يقف موقفاً معتدلاً بين هذين الطرفين .

٤٠٧ — وقد أخذت المسألة هذه الأهمية الكبيرة لدى رجال في الشرائع الغربية « فمنها ما يحرم في الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ؛ كالقانون الألماني ، والمشرع الفرنسي الإبطالي ، والشرعية الإسلامية ، والشرعية الإنجليزية والقانون المصري الجديد ومنها ما يبيحه بوجه عام ، كالقانون السويسري ، والقانون الفرنسي ، والقانون المصري القديم ، ولكن ، لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة ؛ فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه ، أباحت في فروض معينة ؛ والشرائع التي أباحت ، حرمت في ظروف استثنائها ، وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين ، خضوعاً لمقتضيات الحياة العملية ، أن تقربت الشرائع التي تحرم من الشرائع التي تبيح ^(١) »

ونقول بعد هذا ، إن ذهب القانون المصري الجديد إلى أن الأصل تحريم تعاقد الشخص مع نفسه ، كما يظهر من المادة ١٠٨ وغيرها ، من شأنه ألا يُيسر التعامل بين الناس ، وإن كان — من ناحية أخرى — فيه حرص على إبعاد ما قد يلاحظه من يقوم بعقد العقد بإرادته وحدها لصالحه الخاص دون صالح صاحب

الشأن ، ولعل لما نحس ونرى من ضعف الأخلاق والثقة بين الناس ، والميل مع الهوى ولو على حساب الغير ، سبباً في تغير نظرة القانون المصرى الجديد بهذه المسألة عن نظرة القانون القديم لها .

النية واللفظ في العقود

هذا هو البحث الأخير من المباحث التى تندرج تحت عنوان تكوين العقد ، وبعده نأخذ فى الكلام على شروط العقد من مختلف نواحيه .

٤٠٨ — إذا كان العقد — كما علمنا — هو توافق إرادتين على وجه ينتج أثره الشرعى ، وهو الالتزام المطلوب للمتعاقدين ، يكون من اللازم أن يكون التعبير الذى يستعمله كل منهما فى الإيجاب والقبول معبراً تماماً عن إرادته ، وحينئذ يكون له الأثر المطلوب .

ذلك أن إرادة الإنسان هى — كما نعرف — أمر باطن فى نفسه ، فلا يمكن أن يدور الحكم عليها فى إنشاء الالتزامات والعقود ما دامت مُستَكَنَّة لم تظهر ، بل الحكم يبنى على مظهر هذه الإرادة من قول أو فعل يدل عليها . ولهذا كما يقول ابن تيمية ، « إذا نوى [رجل] طلاق زوجته ، لم يقع بمجرد النية طلاق باتفاق العلماء^(١) . » وإذا باع إنسان داراً إلى آخر ، وفى نيته أنه غير ضامن لما قد ينشأ من استحقاق الغير لها أو لحق عيني عليها ، لم يكن له إلزام المشتري بما نوى مادام لم يُظهره عليه حين العقد وهكذا ، إلى كثير من الأمثلة الأخرى .

٤٠٩ — وإذا كان الحكم يتبع — كما قلنا — كلام المتعاقدين الذى به نشأ العقد ، فما هذا إلا لأنه الدليل الصادق على إرادة كل منهما . ولكن ، ربما لا يكون الأمر هكذا ، إلا إذا كانت العبارة موافقة تماماً لما يريد ومعبرة عنه ، على حين أن هناك حالات كثيرة أخرى لا يكون فيها الأمر كذلك ، ويتضح هذا بما يلى :

(١) مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية ، ص ٥٤٧ .

(١) قد تفيد العبارة الالتزام وإنشاء العقد ، ولكن من صدرت منه لا يفهم أنها تدل عليه فهو إذاً لا يقصده طبعاً .

(٢) قد يفهم أنها تفيد الالتزام ، ولكنها صدرت عنه خطأ أو هزلاً ، أو عن غير وعى وإدراك لها

(٣) ويحدث أن تكون العبارة تفيد الالتزام ، وصدرت عنه قصداً ، غير أنه لا يريد إنشاء أى التزام أو عقد بها

(٤) قد تصدر عنه العبارة المفيدة للالتزام وإنشاء العقد ولكنه كان مكرها عليها

(٥) وقد يستعمل العاقد تعبيراً يدل بوضعه اللغوى على إنشاء عقد خاص ، ولكنه يريد به إنشاء عقد آخر

(٦) وربما يحدث أن يجعل أحد المتعاقدين العقد وسيلة لغرض غير مباح شرعاً .

الحالة الأولى : قصدت ، قصدته ، الالتزام ، نشأ بمقتضى مذهبنا من
لا يفهم أنها تدل عليه فهو إذاً لا يقصده طبعاً

٤١٠ — هنا ، يقضى المنطق الصحيح ألا تعتبر هذه العبارة ، إيجاباً أو قبولاً ،

لأنها لا تعبر عن إرادة من صدرت عنه مادام لا يفهم معناها إلا أن لبعض العقود طبيعة خاصة تناسب ما لها من خطر ، فهي لذلك تنعقد في رأى بعض الفقهاء ممن يردد الألفاظ التي تفيد عقدها ولو لم يفهم لها معنى ، أما غير هذا الضرب من العقود فلا قيمة للتلفظ بتعبير لا يفهم له صاحبه معنى ، فلا يترتب عليه أى أثر شرعى .

جاء في فتح القدير في بعض ما ذكره من فروع في كتاب النكاح : لو لُقِّنت

امرأة « زوجت نفسى » بالعربية ولا تعلم معناها ، وقبل الزوج ، والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون ، صح ، كالطلاق ، وقيل ؟ لا ، كالبيع ، كذا في الخلاصة .

ومثل هذا في جانب الرجل ، إذا لُقِّنه ولا يعلم معناه . وهذا في جملة مسائل : الطلاق والعناق والتدبير والنكاح والخلع . . . قال قاضيخان : ينبغي أن يكون النكاح كذلك ، لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد . فلا يشترط فيما يستوى

فيه الجدُّ والهزل ، بخلاف البيع ونحوه ، وكذا المديون إذا لقن ربَّ الدين لفظ الإبراء ، لا يبرأ ^(١) »

وذكر ذلك علاء الدين الحصكفي المتوفى عام ١٠٨٨ هـ وهو صاحب الدر المختار ، في كتاب النكاح إذ يقول ^(٢) : « ولا يشترط العلم بمعنى الإيجاب والقبول فيما يتوى فيه الجدُّ والهزل ، إذ لم يحتج لنية ، به يفتى »

ونحن نقول : إنه لخطر عقد الزواج ، ولما يقوم عليه من حياة خاصة ونظام الأسرة ، يجب ألا نأخذ بهذا الرأي ، بل يشترط أن يكون الموجب والقابل كلاهما غاهمين لما يصدر منهما وقاصدين لإنشاء العقد حقاً ^(٣) ، ومن أجل ذلك لا نستطيع أن نوافق على ما ذكرناه عن هذه الكتب المعتبرة في المذهب . وليست هذه المسألة من قبيل عقد العقد هازلاً ، لأن المازل يعرف معنى ما يقول إلا أنه لا يعنيه .

الحالة الثانية : تدبرهم في نسيدهم ، لا نائم ، وكثير صور . من هذا ، تدبره أدبهم ، ومن تدبره أدبهم .

٤١١ — وفي هذه الحالة ، وهي حالة النائم والمجنون والصبي غير المميز ونحوهم ، يكون كل من الإيجاب والقبول عبارات مهمة لا أثر لها مطلقاً في إنشاء أى عقد أو التزام ، وذلك لانتفاء إرادة القصد إلى إنشائه ، وحالة السكران كذلك ، أى أن سكره يجعله لا يعي ما يقول فلا يقصده طبعاً . إلا أن جمهرة الفقهاء رأوا مؤاخذته بما يصدر منه ، عقاباً وزجراً له ولأمثاله ، ورتبوا على ما يصدر منه من تعابير ، الآثار التي تلزمها شرعاً ، سواء في ذلك عقود البيع وغيرها .

من هؤلاء الفقهاء أبو جعفر الطحاوي الحنفى المتوفى عام ٣٢١ هـ ، إذ يقول :

(١) ٢ : ٣٤٩ .

(٢) ابن عابدين ، ٢ : ٢٧٤ — ٢٧٥ .

(٣) وانظر السيوطي ، الأشباه ص ١٤٠ ، عندما يقول في عدم صحة بيع وشراء السكران : « لأنه لا يعلم ما يعقد عليه ، والعلم شرط في المعاملات » . وراجع في مثل ذلك ، المغني لابن قدامة الحنبلي حين يعلل عدم صحة عقد الزواج من الأخرس بإشارته التي لا تفهم بقوله : « ولأن النكاح عقد بين شخصين ، ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه » .

« وطلاق المجنون كذلك [أي باطل] ، وطلاق السكران حائز عليه . ثم يقول في موضع آخر : « وطلاق السكران وعتاقه وأفعاله كلها وأقواله ، كأفعال الصحيح . وكأقوال الصحيح إلا الرّدة فإن زوجته لا تبين منه بهذا »^(١) .

٤١٢ — وبجانب هؤلاء ، يرى آخرون من الشافعية وغيرهم يجعلون السكران كالمغنى عليه أو المجنون فلا يؤخذ بكلامه ، كما يفرقون بين سكره بمحرم أو حلال وزوال حسه وعقله بالبنج ونحوه ؛ فهو في الأول مؤخذ بأقواله عقاباً وزجراً له ، وفي الثاني كلامه غير معتبر لأنه لا محل للعقاب . وكذلك يفرقون بين السكران مكرهاً أو مختاراً ؛ فلا قيمة لما يصدر عنه في الأول ، وهو كالصاحي في الثاني .

وهناك تفرقة من ناحية أخرى رأها بعض العلماء ، وهي التفرقة بين الأقوال والأفعال من ناحية ، وبين ماله وما عليه من ناحية أخرى . فمنهم من رأى أنه مكلف في أقواله وأفعاله كلها ، ماله وما عليه ؛ ومنهم من رأى أنه في قوله غير مكلف في أقواله كلها كالطلاق والبيع والشراء وغيرها ، وأنه في أفعاله كالقتل والقطع وغيرها مثل الصاحي بلا خلاف ؛ لقوة الأفعال ، ومنهم من ذهب إلى أن ما يصدر منه من طلاق وعتاق وجنایات صحيح على قول ، وأما البيع والشراء وسائر عقود المعاوضات فلا تصح بلا خلاف ؛ لأنه لا يعلم ما يعقد عليه والعلم شرط في المعاملات ، ومنهم أخيراً ، من صحح ما يصدر عنه إذا كان عليه — كالإقرار والطلاق والضمان — زجراً وتغليظاً ، دون ما يكون له كالزواج . وما يكون له من وجه وعليه من وجه آخر ينفذ عقوبة وزجراً له أيضاً^(٢) .

(١) النقل الأول ص ١٩١ ، والثاني ص ٢٨٠ ، وكلاهما من مختصر الطحاوي وانتظر أيضاً المختار وابن عابدين ، ص ٢٨ : ٤٣٤ وما بعدها ، في حالات السكر والخطأ والمجنون والعتق والإغماء والدهشة والصبي . وانتظر عند الشافعية ، نهاية المحتاج ص ٣ : ١٢ ، في حالة السكر إذا كان متعدياً به .

(٢) راجع الأشباه لابن نجيم الحنفى ، ص ١٧١ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي ، ص ١٤٠ — ١٤١ والمالكية يفرقون بين السكر بمحرم أو غير محرم ، المرح الكبير للدردير ص ٣٨ : ٦ .

ونحن نذهب إلى عدم صحة عقود السكران ، وإن كان سكره بمحرّم ؛ لأنه لا يدري ما يقول ، فهو إذاً لا يقصده ولا يريد ، وذلك شرط في العقود ؛ لما أن أساسها هو ^{النفس} العقل ، ولأن — وهذه ناحية أخرى — للسكر جزاءه الدنيوي ، لو أقمنا شريعة الله وحدوده ، والأخروي أيضاً ، فلا نجد معنى لتحميل من يقترب هذا الإثم جزاء آخر تضطرب به العقود والمعاملات بين الناس ، وبهذا الرأي ، فيما يختص بالطلاق ، أخذت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، إذ جاء في المادة الأولى من المرسوم ٢٥ عام ١٩٢٩ م : « لا يتطع ^{نفع} طلاق السكران والمسكر » .

٤١٣ — وقد ألحق الشافعية بأولئك الذين لا يدركون ما يقولون ، مَنْ تلفظ خطأ بتعبير كان يريد التلفظ بغيره فسبق لسانه للأول ، هذا الخطأ لا يترتب على خطئه اللساني أى أثر ، فلا ينشأ عنه عقد أو التزام عند الفقهاء الشافعية ، ولكن الأحناف لا يرون هذا الرأي . إنهم يقولون : إن الإرادة أمر باطنى لا نعرفها إلا بما يصدر عن صاحبها من قول يدل عليها ؛ فإن قبلنا دعوى الخطأ في التعبير ممن يدعيه ، فربما كان هذا عوناً ظالماً منا على إضاعة حق مَنْ ثبت له الالتزام بما صدر عن الطرف الآخر من تعبير^(١) .

وهذا الخلاف بين الشافعية والحنفية ، في هذه الناحية ، نراه أيضاً فيما يصدر من تعبيرات غفلة عن معناها أو نسياناً ، من أنها من جهة اللغة تفيد الالتزام وإنشاء العقود ؛ فقد رتب الأحناف عليها آثارها الشرعية ، وأهمها الشافعية فلم يجعلوها أى وزن أو تقدير^(٢) .

٤١٤ — بقى من أمثال الحالة الثانية التى نحن بصدددها ، حالة الهازل الذى يدرك ما يقول ، إلا أنه لا يعنيه ولا يريد أن يرتب عليه أى أثر . وهنا نجد الشافعية قد عُنوا بالناحية الظاهرية ، على عكس رأيهم فى حالة الخطأ ! ، دون القصد الصحيح

(١، ٢) راجع الأحناف ، ابن عابدين ٢ : ٤٣٦ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٦٦

— ١٦٧ . وراجع عند الشافعية ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٢٤ وما بعدها .

الذى لا يعلمه إلا صاحبه ، وذلك حتى لا يضطرب ما يجرى بين الناس من عقود ومعاملات . ومن ثم ، نراهم لا يقيمون وزناً لما يزعمه أحد الطرفين من أنه كان هازلاً لا يعنى ما تدل عليه عبارته من إنشاء التزام وإبرام عقد^(١) .

وفى مقابل الشافعية ، نجد الحنفية والمالكية والحنابلة يفرقون بحق بين الجدل والهزل . ففى الأول يكون للتعبير عن الإرادة أثره ، ما دام صاحبه يقصد منه الدلالة على إرادته الباطنة ؛ وفى الهزل فى الإيجاب أو القبول لا يحطون للتعبير اثرأ إذا قام الدليل على أن صاحبه كان هازلاً حقيقة لا جاداً ، وذلك لانتفاء أساس الالتزام والعقد وهو القصد والإرادة^(٢) .

وهذا المذهب سائد عند بعض المالكية فى جميع العقود ؛ من بيع أو إجارة أو رهن أو نحوها من حقوق العباد ، وكذلك فى العقود التى فيها حق لله تعالى ، مثل الزواج والطلاق والعتاق . على حين أن غيرهم من رجال المذهب ، وكذلك الأحناف والحنابلة جميعاً ، لا يرون هذا رأى إلا فى العقود المالية وما فى حكمها كالبيع ونحوه . أما الزواج والطلاق والرجعة والعتاق واليمين ، فقد استثنوها من القاعدة العامة ، وجعلوا الهزل فيها كالجد ، إذ لا ينبغى الهزل ولا يقبل فيما فيه حق لله تعالى^(٣) .

٤١٥ — هذا ، وللهزل صور كثيرة ؛ منها ما لا خطر له ويقع كثيراً تحت

(١) نشير هنا إلى أن رجال القانون أيضاً اتقسموا فى هذه المسألة ؛ فمنهم (المدرسة الألمانية) من يأخذ كالشافعية بالإرادة الظاهرة ، ومنهم (المدرسة الفرنسية) من يأخذ بالإرادة الباطنة ، والقانون المصرى مال نحو المذهب الأول . راجع الوسيط للأستاذ السهورى ، ص ١٧٩ وما بعدها ؛ مذكرة الالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ص ١٧٨ وما بعدها ، ففيه زيادة تفصيل وتحقيق .

(٢، ٣) راجع عند الأحناف ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢ : ٤٣٤ فى النكاح و ٧ : ٤ فى البيع . وراجع عند الشافعية والمالكية والحنفية أيضاً ، فتاوى ابن تيمية ٣ : ٤٦ وما بعدها نهاية المحتاج ، ٨٢٦ ؛ الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ، ٣ : ٣ — ٤ ؛ كشف القناع ، ٢ : ٥ — ٦ .

السمع والبصر ، فلا حاجة للتعرض له ؛ ومنها صور بعضها نادر ، ولكن لها جميعاً خطرها ، فيجب هذا تناولها بالبحث بصفة خاصة ، وهي :

(أ) ما يفعله البعض في عقد الزواج ، من الاتفاق سراً على مهر معين ، ثم يذكرون جهراً حين العقد أمام الناس مهراً أكثر من الأول ، طلباً لحسن السمعة كما يزعمون .

(ب) أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك ، فيتظاهر ببيعه لثالث فراراً منه ، ويتم العقد مستوفياً ظاهرياً أركانه وشرائطه ، وهذا ما يسمى ببيع التلجئة .

(ج) أن يتفق البائع والمشتري على زيادة الثمن زيادة صورية ، حيلة لمنع الشفعة عن صاحب الحق فيها .

في هذه الصور وأمثالها ، لا يكون لما صدر هزلاً أى قيمة أو أثر إلا عند الشافعية الذين ، كما عرفنا ، يميلون للإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة الحقيقية .

وإذا فعقد الزواج الذى صدر جهراً بمهر يزيد عن المتفق عليه سراً ، لا يجب به إلا المهر المتفق عليه سراً^(١) أما عقد الزواج فقد وقع صحيحاً بلا خلاف ، لأن المتعاقدين كانا جاذئين فيه ، ولكن الهزل كان فى قيمة المهر فقط .

على أن الهزل لو كان فى العقد نفسه ، لما أبطله ؛ لأن فيه حق الله تعالى فلا يؤثر فيه الهزل عند الجميع . وفى هذا ، يقول الكمال بن الهمام فى شرحه لكتاب الهداية^(٢) « وأما الهازل فمريد لمعنى اللفظ غير مرید لحكمه ، فلا يلتفت لقصده عدم الحكم » ثم جاء فى الحديث : « ثلاث جِدَّهْن جِدَّ وهزلهن جِدَّ ، النكاح والطلاق والرجعة » ، وفى رواية : « والعتاق » بدل « الرجعة » . وفى رواية أخرى : « المين بدل الرجعة » .

(١) ابن عابدين ، ج ٢ . ٣٧٩ . وراجع عند المناظرة ، كشف القناع ، ج ٢ : ٢٤ ، وفيه أن مهر السر وثمن السر هو المعتبر .

(٢) فتح القدير ، ج ٢ . ٣٤٨ .

٤١٦ — وبيع التلجئة ليس له من البيع إلا صورته ، فلا قيمة له ، وإن كان يُلجأ إليه حين الاضطرار ، وفيه يقول صاحب الدر المختار : « وهو أن يُظهرا عقداً وهما لا يريدانه ، يُلجأ إليه لخوف عدو ، وهو ليس ببيع على الحقيقة ، بل كالهزل »^(١) والبيع « لا ينعقد بلفظ : بعت هزلاً »^(٢) .

ولكن ، نجد لابن قدامة الحنبلي ، بخصوص هذا الضرب من البيع ، هذا النص « بيع التلجئة باطل ، وقال أبو حنيفة والشافعي هو صحيح ؛ لأن البيع تم بأركانه وشروطه خالياً من مُفسد ، فصح ؛ كما لو اتفقا على شرط فاسد ، ثم عقداً البيع بلا شرط . ولنا أنهما ما قصدا البيع ، فلم يصح منهما ، كالهزليين »^(٣) .

٤١٧ — وحكاية أن أبا حنيفة يرى مع الشافعي صحة هذا البيع ، أمر مشكل إذا لاحظنا ما نقلناه سابقاً من أن الأحناف جميعاً يرون أن هذا العقد غير صحيح ، لأنه لم يكن تعبيراً حقيقياً عن إرادتي طرفيه . وهنا ، نعتقد أن هذا الإشكال قد يزول إذا تدبرنا تحليلاً جيداً قام به صاحب المنار وشرحه ، إذ جاء به بعد بيان أن التلجئة والهزل بمعنى واحد ، ما ملخصه :

فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع ، واتفقا على بناء العقد على هذه المواضعة ، يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم . وإن اتفقا على الإعراض ، بأن قالوا بعد البيع قد أعرضنا حين البيع عن الهزل إلى الجدد ، فالبيع صحيح والهزل باطل . وإن اتفقا على أنهما حين البيع لم يحضرها شيء من البناء على الهزل أو الإعراض عنه ، أو اختلفا : فقال أحدهما قد بنينا العقد على ما كنا تواضعنا عليه من الهزل ، وقال الآخر قد أعرضنا عن ذلك إلى الجدد ، فالعقد صحيح في الحالين عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه ؛ إذ جعل الإمام صحة الإيجاب أولى ، لأن الصحة هي الأصل في العقود ، وهما اعتبرا

(١) ابن عابدين ، وكتاب الدر بهامشه ، ج ٤ : ٢٥٥ .

(٢) فتح التقدير ، ج ٥ : ٧٦ .

(٣) المغني ، ج ٤ : ٢١٤ .

المواضعة على الهزل أولى ؛ لأن بناء العقد عليها هو الظاهر ، إلا أن يوجد ما ينقضها وهو الاتفاق على الإعراض عنها . . . إلى آخر ما جاء عن تلك المسألة^(١) .

ومن ذلك نرى أن أبا حنيفة لم يخالف صاحبيه قائلًا بصحة عقد بيع التلجئة بإطلاق ، بل رأى هذا في بعض الحالات التي يئناها ، ولكل وجهة هو مولئها . وعلى كل حال ، فالمسألة بحاجة لمزيد من البحث والتأمل .

٤١٨ — وأخيراً ، الزيادة في الثمن زيادة صورية لمنع الشفيع ، لا اعتبار لها ، بل الثمن الذي يؤخذ به هو الثمن الحقيقي المتفق عليه سرا ، لا الصوري الذي عقد عليه العقد جهراً ، عند الأحناف وغيرهم ؛ إذ هذه الزيادة تعتبر هزلاً في العقد ، ولا اعتبار للهزل في هذا العقد وأمثاله من عقود المعاوضة حسب أصولهم ، وبخاصة والأصل في الشفعة هو أن يملك الشفيع العقار المبيع جبراً عن المشتري بما قام عليه . وفي الأمر ناحية أخرى يجب ألا تُغفلها ، وهي أن الهزل في غير هذه الحالة لا يتناول بالضرر إلا طرفي العقد فقط أو أحدهما ، أي لا ينال آخر أجنبياً عن العقد ومع هذا يرى جمهرة الفقهاء عدم اعتبار كلام الهازلين . أما الأمر في الشفعة ، فهو أجل خطراً لأنه احتيال ظالم من المتعاقدين معا غير مشروع ، احتيال على إسقاط حق الشفيع الثابت له شرعاً لحكمة جليلة ، فليس للشريعة أن تعين عليه باعتبار تلك الزيادة في الثمن إذ لن يكون أمام الشفيع في هذه الحالة إلا أحد أمرين : الإقدام على الأخذ بالشفعة ودفع هذه الزيادة ظلماً ، وفي هذا أكلٌ لماله بالباطل ؛ أو ترك الشفعة مرغماً ، وفيه ضياع حقه الذي أوجبه له شريعة الله . وإذا ، يكون من المتعين استبعاد تلك الزيادة في الثمن ، وألا يدفع الشفيع متى قضى له بالشفعة إلا الثمن الحقيقي الذي وقع عليه العقد وما يتبعه من تكاليف أخرى حقيقية لا شك فيها .

(١) كشف الأسرار ، شرح المصنف على المنار ، ٢ : ٢٩٣ — ٢٩٤ . وراجع ذلك أيضاً في ابن عابدين ، ٤ : ٢٥٥ ، ملخصاً عن المنار وشرحه . وانظر كشف القناع ٢ : ٥ . ففيه أن بيع التلجئة باطل وإن لم يصرح في العقد بأنه تلجئة متى دلت الحال أنه كذلك ، وهذا شبه برأى الصاحبين .

٤١٩ — هذا ، وقبل أن تنتقل من حالة الخطأ والهزل إلى الحالة التي تليها ، نذكر أن هناك ضرباً من الخطأ أو الغلط يجب التنبيه إليه وبيان حكمه وآثاره . هذا الغلط لا يكون في صورة التلفظ خطأً بعبارة تدل على الالتزام وهو لا يقصدها وإنما يقصد عبارة أخرى . بل هذا الخطأ يكون في الحساب المترتب على العقد نفسه ، بعد إرادة إنشاء العقد من الطرفين .

لقد جاء في كتاب « القنية » لنجم الدين القزويني المتوفى عام ٦٥٨ هـ ، أن لو حصل غلط في الحساب فدفع المشتري ثمناً أقل مما يجب وقبلة البائع ، صح البيع وكان ما دفع هو الثمن ، وليس للبائع المطالبة بالفرق . وقد مثل لذلك بصورتين ، أحدهما أنه لو اشترى قدراً من الحنطة بستمئة درهم ، وحدث غلط عند الحساب فلم يطالب البائع إلا بخمسمائة ، ثم ظهر الغلط لا يلزمه إلا خمسمائة . والصورة الثانية : أن جزاراً اتفق مع صاحب غنم على شراء أربع شياه أفرزها بخمسة دنانير ، كل واحدة بدينار وربع ، فجاء الجزار بأربعة دنانير وقال للبائع : هل بعت بهذا القدر ؟ فقال البائع : نعم ، وهو يعتقد أنها خمسة ، صح البيع ؛ ثم قال صاحب الكتاب : « وهذا إشارة إلى أنه لا يعتبر ما سبق ، أي أن كل واحدة بدينار وربع » .

٤٢٠ — ذلك ما جاء في « القنية » ومعناه أن الخطأ في الحساب لا يمنع من صحة العقد ، وأنه لا يُستدرك ، لأن المعتبر ، كما يقول ابن عابدين : هو ما وقع عليه العقد ، وإن ظن البائع أو المشتري أنه أقل أو أكثر^(١) .

لكن المادة ١٢٣ من القانون المدني الجديد ، توجب تصحيح الغلط في الحساب وإن كان لا يؤثر في صحة العقد . ونحن نرى أن هذا رأي حق ، لأن العدل يقضى بوجوب استدراك الغلط غير المقصود ، والله تعالى يقول : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ؛ وطبعاً

(١) كتاب القنية مخطوط بمكتبة الأزهر ، رقم ٦٣٨ فقه حنفى ، والنقل من حاشية ابن عابدين ٤ : ٣٢

لا يرضى هذا الخطأ في الحساب من لم يكن في مصلحته ، كما ينبغي ألا يرضاه الطرف الآخر أيضاً .

الحاكي الثالث : *تتضمن هذه الصورة تعبيراً عن قصد من عدم قصد*
غيره في إبرام العقد أو عدمه .

٤٢١ — ليس الأمر هنا ، أمر تعبير نائم أو ساه أو ناس أو هازل أو مخطيء ،

أو نحو هذا كله . ولكنه أمر من يتلفظ بتعبير ينشأ عنه عادة التزام أو عقد معين ، وهو يفهم ذلك ويقصد أن يتلفظ به ، ولكنه لا يقصد إلى إنشاء أي عقد أو التزام .

ومن مثل هذه الصورة ، ما يضطر إليه الذين يقومون بالفقه تعلماً وتعليماً ، فيردد الواحد منهم أحياناً — فيما يقرأ أو في درسه — عبارات من شأنها أن تفيد إنشاء التزام أو عقد . ومثل ذلك ، حالة الذي يتعلم لغة من اللغات ، فيضطر أيضاً لترديد أمثال تلك العبارات ، كما عرفناه بأنفسنا . وهنا ، لا يمكن إلا أن يهذر الفقه هذه العبارات فلا يرتب عليها أي أثر ، لأن من تصدر عنه لا يقصد منها مطلقاً إنشاء أي عقد أو التزام .

وفي ذلك ، جاء في كتاب القنية : كتبت أنت طالق ، ثم قالت لزوجها اقرأها عليّ ، فقرأ ، لا تطلق ما لم يقصد خطابها . وقد سئلت عن رجل كتب أيثانا ، ثم قال لآخر : اقرأها ، فقرأها ، هل تلزمه ؟ فأجبت بأنها لا تلزمه إن كانت بطلاق حيث لم يقصد ، إلى آخر ما قال ^(١) .

الحاكي الرابع : *تتضمن هذه الصورة تعبيراً عن قصد من إبرام العقد*
بغيره .

٤٢٢ — هذه حالة من أكره على التلفظ بما يعلم أنه يفيد إنشاء عقد أو التزام ،

كالبيع أو الرهن أو الكفالة أو الزواج ، إلى آخر ما نعرف من تصرفات وعقود .

وهنا ، نجد أن المكره متى صدر عنه ما أكره عليه ، يكون ذلك لخوفه أن

يحل به ما توعد به المكره ، ولولا هذا ما فعل الذي أكره عليه . إنه إذا لا يرغب

(١) راجع هذا في كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم ، في أحكام الكتابة ، ص ١٨٦

في فعل ما أقدم عليه مضطراً مُكرهاً ؛ فهو غير مختار له اختياراً صحيحاً ، وليس إيجابه أو قبوله معبراً تعبيراً صحيحاً عن رغبته وإرادته . ومن ثمَّ يكون من الحق عدم ترتيب أى أثر على ما يقول أو يفعل ، فلا ينشأ عنه أى عقد أو التزام ، وسيتان كون الأمر عقد معاوضة كالبيع أو الإجارة ، أم غير معاوضة كالزواج والطلاق .

وبهذا رأى أخذت المحاكم الشرعية ، إذ جاء في المادة الأولى من لائحته أن طلاق المبكرة لا يقع ، مثله مثل طلاق السكران ، وهو ما ذهب إليه الفقهاء غير الأحناف . وهنا ، لا يشترط ابن حنبل إلا أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما توعد به ولو لم يكن حاكماً ، وإلا أن يكون الوعيد بشيء مؤلم كالضرب الشديد والحبس مثلاً ، أى لا يشترط أن يكون الوعيد بالقتل فقط^(١) . والشافعي مثل ابن حنبل في ذلك كله^(٢) ، وكذلك المالكية ؛ إذ يجعلون كل ما يصدر عن المكره من زواج أو طلاق أو يمين أو إقرار ، أو غير ذلك كله ، لغواً ولا أثر له^(٣) .

٤٢٣ — أما الأحناف ، فقد ذهبوا إلى أن الإكراه يؤثر في العقود التي لا حق لله فيها ، مثل البيع والإجارة والرهن ونحوها ، فكل عقد فيها لا ينعقد مع الإكراه الذي يؤثر على الإرادة ويفسد الاختيار . أما العقود أو التصرفات التي لله فيها حق وهي الزواج والطلاق والرجعة والعتاق واليمين ، فالإكراه لا يمنع من وقوعها صحيحة ، مثل المهرل تماماً على ما سبق بيانه ؛ وإذا ، فتقوم العبارة فيها ، ما دامت مقصودة ممن صدرت عنه ، مقام الإرادة ، فيترتب عليها أثرها وحكمها .

وفي ذلك يقول الطحاوي^(٤) : « طلاق المكره لازم له ، كطلاق سواء ممن ليس بمكره » . كما يقول في مواضع أخرى ، فيما يختص بنوعى العقود : « ومن أكره

(١) كشف القناع ، ٣ : ١٤١ . وفيه أن هذا هو قول جماعة من الصحابة ، وفي ذلك يقول الرسول : « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والسيئان وما استكرهوا عليه » . وانظر في البيع ونحوه ، المرجع نفسه ، ٢ : ٦ .

(٢) نهاية المحتاج ، ٦ : ٨٤ — ٨٥ . وراجع في البيع ومثله ، ٣ : ١٢ — ١٣ .

(٣) راجع التاج والإكليل لمختصر خليل ، ٤ : ٤٤ — ٤٦ .

(٤) مختصر الطحاوي ، ص ١٩١ .

على عتق عبده ، أو على طلاق زوجته ، ففعل ذلك جاز عليه ما فعله منه . . . ومن أكره على مراجعة امرأة كان قد طلقها ، حتى راجعها كانت مراجعة . . . ومن أكره على بيع عبده ، فباعه ، لم يجوز بيعه إياه .^(١)

٤٢٤ — وبطل الطحاوى ذلك ، أى التفرقة بين البيع ونحوه وبين الطلاق ونحوه ، بقوله^(٢) : « ولا يشبه البيع ما ذكرنا قبله من الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة ؛ لأن البيع قد يُنتقض بالعيوب ويُردُّ بخيار الشرط وبخيار الرؤية ، فكذلك يرد بالإكراه . والطلاق والعتاق والنكاح والرجعة لا يُردَّدن بشيء مما ذكرناه ولا مما سواه ، فكذلك أيضاً لا يُردَّدن بالاستكراه . »

وأخيراً يقول^(٣) : « والإكراه على الإجارة والكتابة ، وعلى سائر الأشياء التى قد تنتقض بعد وقوعها ، كالإكراه على البيع . وإنما الذى يجوز على الإكراه كما يجوز على غير الإكراه ، الأربعة الأشياء التى ذكرنا ؛ وهى : الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة »^(٤) .

الحائز الخامسة

٤٢٥ — وبعد ما تقدم ، قد يحدث ان العاقد يستعمل لفظاً موضوعاً فى اللغة لإنشاء عقد خاص ، ولكنه يريد به عقداً آخر ؛ مثل أن يقول : وهبتك هذا الكتاب بكذا فيقبل الآخر ، يريد الموجب البيع لا الهبة التى استعمل لفظها فى إيجابه ؛ أو تقول امرأة لرجل : بعت نفسى على مائة جنيه ، تريد الزواج طبعاً فيقول : قبلت ؛ أو يقول رجل لآخر له دين على إنسان : كفلت لك هذا الدين

(١) مختصر الطحاوى ص ٤٠٧ — ٤٠٨

(٢) المرجع نفسه ، ص ٤٠٨ (٣) المرجع نفسه ص ، ٤٠٩

(٤) سبق أن ذكرنا أن اليمين لا يؤثر فيه الإكراه أيضاً ، وهو التصرف أو العقد الخامس وراجع فى الإكراه بعامة فى جميع التصرفات ، المبسوط للسرخسى ٢٣ : ٣٨ وما بعدها ، و٦٢ وما بعدها ، و ٨٥ وما بعدها . وراجع أيضاً فى ذلك ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ، ٢ : ٤٣٢ وما بعدها .

على ألا ترجع به على المدين ، أو قبلت حوالة الدين على ألا يبرأ المدين منه إلى غير ذلك من المثل .

أما الأحناف ، فيرون ، بناء على قاعدتهم التي تقول : « العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني » ، أن هذه التعابير ونحوها صحيحة في إنشاء ما أراد المتعاقدان من عقود^(١) ، وإن لم تكن دالة لغوياً عليها ما دامت القرائن تعين ما قصدها ، ويرتبون عليها لذلك أحكامها وآثارها .

على حين أن من الخنابلة من رأى ما رآه الأحناف ، ومنهم من ذهب إلى إهدار هذه التعابير وعدم إنشاء العقود بناء عليها ، ما دام أصل وضعها اللغوى لا يتفق مع ما أريد إنشاؤه بها من عقود . ولا ريب ، في أن مذهب الأحناف هنا هو الأحق بالاتباع ؛ لأن الذى يجب رعايته هو المعنى دون اللفظ ، ولأن المهم هو ظهور إرادتى طرفى العقد ظهوراً لا شك فيه ولا لبس .

الحالة السابعة

٤٢٦ — وأخيراً ، قد يتخذ أحد المتعاقدين من العقد وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً ، أى يكون الدافع له سبباً غير مشروع ، فهل ينعقد العقد لوجود أركانه من الإيجاب والقبول ، أو يعتبر غير صحيح لسببه غير المشروع^(٢) ؟

أما أبو حنيفة والشافعى ، فيريان صحة مثل هذا العقد ؛ لأن ركنه وهو الإيجاب والقبول قد تحقق . ونية السبب أو الغرض غير المباح شرعاً مستترة فيترك أمرها لله وحده يعاقب صاحبها عليها ما دام قد أتم بنيته . لكن الصاحبين وابن حنبل يرون

(١) فينعقد بالصيغة الأولى البيع ، وبالثانية الزواج وبالثالثة الحوالة ، وبالرابعة الكفالة .

(٢) يراجع لدى الأحناف أى مرجع من المراجع المعتبرة في أبواب النكاح والكفالة والحوالة وغيرها من العقود ، مثل الهداية وشرحها فتح القدير ٢ : ٣٤٧ وما بعدها ، و ٥ : ٤٠٣ وانظر عند الشافعية ، الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ١١١ — ١١٢ في قاعدة هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟ وعند الخنابلة ، القواعد في الفقه الإسلامى لابن رجب ، القاعدتين ٣٨ ، ٣٩ ص ٤٩ — ٥٠ .

هذا الضرب من العقود باطلا ، ولا يحملون للإيجاب والقبول أثراً متى قام الدليل على هذا القصد الآثم . ولهذين الرأيين ، تصحيح العقد أو إبطاله تبعاً للظاهر أو للإرادة الباطنة والقصد المستتر ، تطبيقات عملية ، في أبواب البيع والإجارة والزواج وغيرها .

(١) فبيع عصير العنب ممن قد يتخذه خمرأ صحيح على الرأي الأول ، وباطل أو فاسد على الثانى . وفي هذا يقول الطحاوى من الأحناف^(١) : « ومن كان له عصير فلا بأس عليه ببيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرأ دون من يخاف ذلك عليه . لأن العصير حلال ، فبيعه حلال ، كبيع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري بها » . ويتبع هذا فى الحكم صحة عقد الإجارة على حمل الخمر لمن يشتريها ، وبيع آلات الحرب وعتادها لمن يقاتل بها المسلمين^(٢) .

ويقول الشافعى فى ذلك : « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً فى الظاهر ، لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية ، إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرأ ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ، لأنه باعه حلالاً ، وقد يمكن ألا يجعله خمرأ أبداً ، وفى صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً ، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً ، وهو ينوى ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر

(١) مختصر الطحاوى ، ص ٢٨٠ .

(٢) جاء فى فتاوى قاضىخان — على هامش الفتاوى الهندية — فى باب الإجارة الفاسدة : « ذمى استأجر مسلماً ليحمل له خمرأ ، أو استأجر بيتاً ليتخذه كنيسة ، جاز عند أبى حنيفة ، وقال صاحبان لا يجوز . وعلى هذا الخلاف ، إذا استأجر ذمى من مسلم دابته لحمل خمر ، أو استأجر مسلم ذمياً لرعى الخنازير » . وراجع أيضاً البدائع ٤ : ١٩٠ ، ففيها الخلاف على الاستئجار لحمل الخمر ونحو ذلك .

لم أفسد النكاح ، إنما أفسده أبدأ بالعقد الفاسد^(١) .

٤٢٧ — وعلى الضد من هذا الرأي الذى ذهب إليه أبو حنيفة والشافعى ، نجد ابن قدامة المقدسى الحنبلى يقول^(٢) : « إن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرًا محرّم . . . إذا ثبت هذا ، فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم قصد المشتري بذلك ؛ إما بقوله ، وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك . فإن كان محتملا ، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو ممن يعمل الخمر والخل معاً ، ولم يلفظ بما يدل على إزادة الخمر ، فالبيع جائز ، وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل ، ويحتمل أن يصح وهو مذهب الشافعى . . . » .

وهذا مثال من أمثلة كثيرة ينطبق عليها هذا الرأي للأصل الذى بُنى عليه ، وهو أنه عقد على شيء لمعصية الله به فلا يصح ، ولذلك نجد المؤلف نفسه يقول : « وهكذا الحكم فى كل ما يُقصد به الحرام ؛ كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو للفتنة ، وبيع الأمة للغناء أو إيجارها على ذلك ، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار [أى لعبادة المجوس] ، وأشباه ذلك ، فهذا حرام والعقد باطل لما قدّمنا^(٣) » .

٢ ومن هذه العقود ، موضع الخلاف تبعاً لنية المتعاقدين أو للظاهر من تعبيرهما ، زواج المحلل ، وبيع العينة^(٤) .

٤٢٧ — وزواج المحلل ، هو أن يتزوج شخص مُطلقة آخر ثلاثاً ، ثم يطلقها بعد

(١) كتاب الأم ، ج ٣ : ٦٥ . وراجع نهاية المحتاج ج ٣ : ٧٣ — ٧٤ ، حيث تكلم على كل تصرف يفضى إلى معصية ؛ مثل بيع العصير لتخذه خمرًا ، والسلاح لباع أو قاطع طريق ، والخشب لمن يتخذ منه آله هو ، وهو لا يخرج عما جاء فى كتاب الأم .

(٢) المغنى ، ج ٤ : ٢٢٢ — ٢٢٣ . وفيه استدلال جيد لمذهب القائلين بعدم صحة العقد .

(٣) المرجع نفسه ، ص ٢٢٣ . وراجع فى الاستئجار على النوح والغناء للهو ، وأنه لا يجوز ،

ج ٤ : ١٨٩ ؛ الزيلعى وحاشية الشلبى عليه ، ج ٥ : ١٢٥ .

(٤) العينة بكسر العين المهملة : السلف ، يقال : باعه بعينة ، أى نسيته . وفى المصباح ، وقيل

لهذا البيع عينة ، لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بها عيناً أى قدراً حاضراً .

الدخول ، ليصح للأول العقد عليها لنفسه من جديد ، نزولاً على قوله تعالى ^(١) : « فَإِنْ طَلَّقَهَا [أى لثالث مرة] فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ » ، ومن المعروف أن الزواج شرع ليكون رباطاً دائماً بين الزوجين ، ولتكون عنه أسرة ، وزواج التحليل لا يحقق طبعاً هذه الأغراض السامية ، إنه يحقق غرضاً آخر ينافي عقد الزواج ، وهو تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول ، فهو حيلة لرفع تحريم مؤبد وهذا قصد غير مشروع ، ولهذا اختلف الفقهاء في حكمه .

يرى الإمام أبو حنيفة أنه إن كان بشرط التحليل ، كما إن قال الزوج الثاني حين العقد : تزوجتك لأحلك لزوجك السابق ، كان العقد صحيحاً ، لأن عقد الزواج لا تبطله الشروط الفاسدة ، فتحل الزوجة إذا لزوجها الأول بعد دخول الثاني بها ، وطلاقها منه ، إلا أنه مكروه تحريماً لقول الرسول : « لَعْنُ اللَّهِ الْحَلَّ وَالْمَحْلِلَ لَهُ » . وعند أبي يوسف ، هو عقد فاسد لأنه زواج مؤقت وأصل الزواج أن يكون دائماً ، وإذا فلا لتحل للأول بعد تطليق الثاني لها . وعند محمد ، هو عقد صحيح ، إلا أنه لا يحل الزوجة لزوجها الأول بعد مفارقة الآخر لها ، عقاباً له لأنه استعجل طلاقها من الثاني .

وهذا كله ، إذا كان الزواج الثاني قد عقد بشرط التحليل ، أما إذا لم يقع على هذا الشرط ، وإن كان هو القصد ، فلا يكون مكروهاً وتحل به لزوجها الأول . على أن واحداً من الفقهاء ، وهو السروجي ، يذكر أن الثابت عادة كالثابت نصاً ، أى فيصير شرط التحليل كأنه منصوص عليه في العقد ، فيكره ^(٢) . وهذا كلام يؤيده العقل وقواعد الفقه العامة ، وإن كانت الضرورات تبيح المحظورات كما يقولون والمضطر يركب الصعب من الأمور وهو عالم بركوبه !

٤٢٨ — أما بيع العينة ، فهو بيع يراد منه أن يكون حيلة للقرض بالربا

(١) سورة البقرة م ٢ : ٢٣٠ .

(٢) ابن عابدين ، ح ٢ : ٥٥٥ . ويرجع في الموضوع كله إلى هذا المرجع ص ٥٥٤ —

٥٥٥ ، وإلى الزيلعي ح ٢ : ٢٥٩ ، وإلى غيرهما من المراجع في كتاب النكاح .

ويكون ، مثلاً ، بأن يشتري إنسان من آخر بعض ما يملك بضمن كذا مؤجلاً إلى أجل معلوم ، ثم يبيعه المشتري الشيء نفسه — قبل أو بعد تسلمه — بضمن أقل على أنه حال لا مؤجل ، وفي نهاية الأجل الذي ضرب في العقد الأول يدفع الثمن الأول كله ، فيكون الفرق بين الثمنين فائدة أو رباً لصاحب المتاع الذي بيع بيعاً صورياً . وقد يوسط المتعاقدان بينهما ثالثاً يشتري العين بضمن حال من يريد الاقتراض ، بعد أن اشتراها هذا من مالكها المقرض ، ثم يبيعها للمالك الأول بالثمن الذي اشتري به فيكون الفرق رباً له .

من ذلك ، نرى أن قصد كل من البائع والمشتري ، أو من المقرض والمقرض على الحقيقة ، ليس القصد الذي يراد حقاً من البيع والشراء ، ولكنه حيلة في تحليل التعامل بالربا ، فهو إذاً وسيلة إلى غرض أو عقد محرم غير مشروع .

ومع هذا ، فقد ذهب بعض الفقهاء ، ومنهم الإمام الشافعي ، إلى أن هذا العقد جائز ؛ لأن ركنه من الإيجاب والقبول الصحيحين قد تحقق ، ولا عبرة بالنية التي لا نعرفها لعدم وجود ما يدل عليها . وأما الثمن الذي باع به المشتري العين ، وهو ثمن أقل مما اشتراها به ، فهو في رأى الشافعي : « ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها ، فجاز من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها »^(١) .

٤٣٩ — أما في مذهب الأحناف^(٢) ، فقد أجاز أبو يوسف هذا البيع بلا كراهة وأجازه محمد مع الكراهة حتى أتر عنه أنه قال : « هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم ، اخترعه أكلة الربا » ! وعند الإمام نفسه ، هو عقد فاسد إن خلا من توسط ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقرض^(٣) .

(١) المغني لابن قدامة ، ج ٤ : ١٧٤ .

(٢) راجع في هذا الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، ج ٤ : ٢٥٥ ، ٢٩١ .

(٣) وهنا نلاحظ أنه كان ينبغي أن يكون أبو حنيفة مع الشافعي في صحة هذا العقد ، بناء على أصله من أن ركن العقد وجد ونية القرض غير المشروع تترك لله يؤاخذ بها ، ولعله نظر إلى قاعدة أن العبرة في العقود للمعاني ! وكذلك ، كان ينبغي أن يذهب أبو يوسف ، كابن حنبل ، إلى فساد هذا العقد بناء على أصله أيضاً !

وابن حنبل يرى ، ومثله الإمام مالك^(١) ، أن هذا العقد يقع باطلا ، ويستدل لما يرى بما روته العالية بنت أيفع بن شرحبيل ، قالت : « دَخِلْتُ أَنَا وَأُمُّ وَلَدِ زَيْدِ ابْنِ أَرْقَمَ وَأَمْرَاتِهِ عَلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، فَقَالَتْ أُمُّ وَلَدِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ : إِنِّي بَعْتُ غُلَامًا مِنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَى الْعَطَاءِ ، ثُمَّ اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ بِسِتْمِائَةِ دِرْهَمٍ [حَالَةً طَبْعًا] . فَقَالَتْ بَيْتُ مَا شَرَيْتُ ، وَبَيْتُ مَا اشْتَرَيْتُ ! أَبْلَغُنِي زَيْدًا ابْنَ أَرْقَمَ أَنَّهُ قَدْ أَبْطَلَ جِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، إِلَّا أَنْ يَتُوبَ »^(٢) . ومن المعروف أن أم المؤمنين لا تقول مثل هذا القول الغليظ إلا إذا كانت سمعته من الرسول ، فجري مجرى روايتها ذلك عنه .

٤٣٠ — هذا ، وللعلامة شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ، المعروف بابن قيم الجوزية والمتوفى عام ٧٥١ هـ ، بحث جيد ، وتقسيم نافع جامع ، في الموضوع الذي نحن بسبيله ؛ أي في بحث أن القصد والنيات هي المعتبرة في العقود ، دون الألفاظ المجردة التي لم تقصد معانيها وحقائقها ، أو قصد غيرها ، ولذلك نرى الإتيان بشيء منه هنا تمة لهذا البحث ، قال^(٣) :

التكلم بصيغ العقود ؛ إما أن يكون قاصداً للتكلم بها أولاً يكون . فإن لم يقصد التكلم بها ، كالمكره والنائم والمجنون والسكران والمغلوب على عقله ، لم يترتب عليها شيء ، وإن كان في بعض ذلك نزاع وتفصيل ، فالصواب أن أقوال هؤلاء كلها هدر كما دل عليه الكتاب والسنة والميزان [يريد المنطق] وأقوال الصحابة .

وإن كان قاصداً للتكلم بها ؛ فإما أن يكون عالماً بغايتها متصوراً لها ، أولاً يدري معناها البتة ، بل هي عنده كأصوات ينطق بها . فإن لم يكن عالماً بمعناها ولا متصوراً لها ، لم يترتب عليه أحكامها أيضاً ، ولا نزاع بين أئمة الإسلام في ذلك . وإن كان

(١) انظر من وجهة نظر المناظرة ، المغني لابن قدامة ، ج ٤ : ١٧٤ — ١٧٥ . وانظر عند المالكية ، الشرح الكبير للدردير مع الحاشية ، ج ٣ : ٩٩ .

(٢) المغني ، ج ٤ : ١٧٥ .

(٣) إعلام الموقعين ، ج ٣ : ١٠٦ — ١٠٨ .

متصوراً لمعانيها عالماً بمدلولها ؛ فإما أن يكون قاصداً لها ، أولاً . فإن كان قاصداً لها ، ترتبت أحكامها في حقه ولزمته .

وإن لم يكن قاصداً لها ؛ فإما أن يقصد خلافها ، أو لا يقصد معناها ولا غير معناها . فإن لم يقصد غير التكلم بها فهو المأزول ونذكر حكمه^(١) . وإن قصد معناها ؛ فإما أن يقصد ما يجوز له قصده ، أولاً . فإن قصد ما يجوز له قصده ، نحو أن يقصد بقوله : أنت طالق [أى] من زوج قبلى . . . لم يلزمه أحكام هذه الصيغ فيما بينه وبين الله تعالى . وأما في الحكم [أى قضاء] ؛ فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك ، لم يلزمه ذلك أيضاً ، لأن السياق والقرينة تدل على صدقه . وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلاً ، وادعى ذلك دعوى مجردة [أى عن الدليل] ، لم تقبل منه .

وإن قصد بها ما لا يجوز قصده ، كالتكلم بتزوجت بقصد التحليل ، وبعث واشتريت بقصد الربا . . . ، فهذا لا يحصل له مقصوده الذى قصده وجعل ظاهر اللفظ وسيلة إليه ؛ فإن في تحصيل مقصوده إغانة على معصية الله ، ومناقضة لدينه وشرعه ، فإغائته على ذلك إغانة على الإثم والعدوان . ولا فرق بين إغائته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية إليه ، وبين إغائته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية إلى غيره . فالمقصود إذا كان واحداً ، لم يكن اختلاف الطرق الموصلة إليه بموجب لاختلاف حكمه ، فيحرم من طريق ويحل من طرق أخرى ، والطرق وسائل مقصودة لغيرها .

فأى فرق بين التوصل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع ، والتوصل إليه بطريق المجاهرة التى يوافق فيها السر الإعلان ، والظاهر الباطن ، والقصد اللفظ ! بل سالك هذه الطريقة قد تكون عاقبته أسلم ، وخطره أقل من سالك تلك من وجوه كثيرة . كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت ، وفي قلوبهم أوضع ، وهم عنه أشد نفوراً ، ممن أتى الأمر على وجهه ودخله من بابه . ولهذا ، قال أيوب السخيتاني

(١) ٣ : ١٠٨ ، ثم تكلم على المأزول ص ١٠٩ — ١١١ .

وهو من كبار التابعين وسادتهم وأئمتهم ، في هؤلاء : يخادعون الله كما يخادعون الصبيان ، لو أتوا الأمر على وجهه كان أسهل عليهم^(١) !

٤٣١ — والآن بعد ما تقدم كله ، نستطيع القول بأن الفقه الإسلامى قد اتجه فى مسألة « النية واللفظ فى العقد » وجهتين : الأولى مذهب الشافعى ، وقريب منه مذهب أبى حنيفة ، فى الاعتداد بالألفاظ فى العقود دون النيات والقصود^(٢) ؛ والأخرى مذهب ابن حنبل الذى يتشدد بحق فى رعاية النية والقصد دون اللفظ والتعبير والله أعلم بالحق ، ولكل مجتهد نصيبه من الأجر .

(١) من هذا التقسيم الجيد الجامع ، نجد أن رأى ابن القيم وهو مذهب ابن حنبل ، يتلخص الآتى :

(أ) إن انفكت نية العاقد مع ما تدل عليه عبارته ، انعقد العقد وترتب عليه أثره الشرعى .
(ب) إن قصد غير ما تدل عليه عبارته ، ولكن لم يدل شئ على نيته ، كان مؤاخدا بنيته ديانة أى أمام الله ، إلا أنه يلزمه قضاء حكم العقد كما يؤخذ من عبارته .
(ج) إن كشفت قرينة على هذه النية وكانت لا تنافى الشريعة ، صح العقد ، وإلا كان فاسدا لا أثر له .

(٢) وقد يقال كيف هذا ، والأحناف يقولون دائما : « العبرة بالمعنى ، لا بالألفاظ والمباني » ؟ وهنا نقول : إن هناك قاعدة أخرى تقول : « المعتبر فى أوامر الله المعنى ، والمعتبر فى أمور العباد الاسم واللفظ » (تراجع حاشية الحموى على الأشباه لابن نجيم ج ٢ : ٣٢٠ هامش ١٢ ، ١٣) .
ورغبة فى التوفيق بين هاتين القاعدتين ، نرى أن المراد من « المعنى » فى الثانية النية والقصد ، الذى ليس بالعقد ما يدل عليه صراحة ؛ على حين يراد به فى الأولى المدلول الذى يؤخذ من مجموع الألفاظ التى استعملت فى العقد منضمما بعضها إلى بعض ، فلا يؤخذ كل لفظ أو عبارة منها وحده . أما النيات والمقاصد ، كأن يريد المتعاقدان بيع العينة التحايل على التعامل بالربا ، ويزواج المحلل لإحلال المطلقة ثلاثا لزوجها الأول ، فهذا ما لم تتعرض له القاعدة الأولى (راجع الملكية ونظرية العقد ، للسيد الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، ص ٢١٥ — ٢١٦) . وانظر فى رعاية المعنى دون اللفظ فى العقود ، الأشباه لابن نجيم ص ١١٠ — ١١١ ؛ والأشباه للسيوطى ، ص ١١١ — ١١٣ .

الباب الثاني

شروط العقد

لكي يتم العقد ، ويكون معتبراً شرعاً ، يجب أن تتحقق أركانه وشروطه التي لا بد منها . ومن هذه الشروط ما يتعلق بالأركان نفسها ، ومنها ما يتعلق بموضوع العقد ، ومنها أخيراً ما يتعلق بالعاقد . وقد سبق أن بحثنا الشروط الخاصة بأركان العقد ، نغني الإيجاب والقبول ، والآن نبحث الشروط الخاصة بموضوع العقد ، ثم الخاصة بالعاقد .

أولاً - ما يختص بالموضوع

٤٢٢ - يراد بموضوع العقد ، أو محله كما يعبر الفقهاء كثيراً ، ما وقع عليه التعاقد ، فهو الغرض من العقد والمقصود منه ، والذي به تتعلق أحكامه وآثاره . ففي البيع موضوع العقد هو الشيء المبيع والتمن ؛ وفي الرهن ، هو الشيء المرهون ؛ وفي الإيجارة هو منفعة الشيء المستأجر شخصاً أو داراً أو أرضاً مثلاً ؛ وفي المزارعة ، هو عمل الزارع ؛ وفي الزواج ، هو المرأة ، وهكذا إلى سائر ضروب العقود .

وقد يكون شيء ما صالحاً بطبيعته لأن يكون محل عقد من العقود ، ولكن قد يعرض له شرعاً أو قانوناً أو عرفاً ما يجعله غير صالح لأن يكون كذلك . فالخمر ، مثلاً ، صالحة بطبيعتها لأن تكون محلاً للبيع لأنها مال متقوم عند غير المسلمين ؛ إلا أن الشارع الإسلامي منع من ذلك إذ حرم على المسلم تملكها بالبيع وتملكها بالشراء . وأية امرأة ، باعتبارها امرأة ، صالحة لأن تكون موضوع عقد الزواج ، إلا أنها ليست صالحة لذلك لأخيها من النسب أو الرضاع وغيره ممن لا يصح شرعاً تزوج بعضهم ببعض . ولذلك ، نجد الخمر صالحة لأن تكون موضوع عقد البيع بين الذميين ، كما نجد تلك المرأة صالحة لأن تكون زوجة لمن لا تربطها به رابطة من النسب أو الرضاع تجعل الزواج بينهما محرماً تحريماً مؤبداً .

٤٣٣ — ومن أجل هذا ، نرى الفقهاء ورجال التشريع والقانون قد عنوا ببيان الشروط التي يجب توافرها في هذا الشيء أو ذاك ، حتى يصلح لأن يكون محل عقد من العقود .

وليس من ههنا الآن بيان ذلك بالنسبة لكل عقد على حدة ، فهذا موضعه عند دراسة كل من العقود المختلفة تفصيلاً . ولكننا الآن بصدد دراسة نظرية الشروط في العقود بصفة عامة ، ولهذا لن نتعرض إلا للأصول والشروط العامة التي يجب رعايتها في موضوع العقد أيًا كان نوعه .

يرى الفقهاء أن موضوع العقد يجب أن تتحقق فيه هذه الشروط :

٤٣٤ — ١) وجوده حين العقد : وإذا ، فالمدوم لا يصح أن يكون محلاً للعقد ، عند أكثر الفقهاء ، ومنهم الأحناف ؛ إذ من غير الممكن أن يتعلق حكم العقد وآثاره بشيء معدوم ومن ثم ، نراهم يجعلون صحة عقود السلم والإجارة والاستصناع^(١) وبحوها مستثناة من هذه القاعدة العامة ، مادام موضوع كل منها لا يمكن أن يكون موجوداً حال صدور العقد ، وإنما أجازها الشارع من باب الاستحسان للحاجة وجريان العرف بها .

وكذلك لا يصح أيضاً بيع ماله خطر العدم ، كاللبن في الضرع والحمل في بطن أمه والكتاب قبل طبعه . لأن ما في الضرع قد يكون لبناً حقيقة أو اتفاخاً ، والحمل قد يولد ميتاً ، والكتاب ربما لا يطبع بالفعل . ففي كل تلك الحالات وأمثالها ، يجد موضوع العقد غير موجود بتأكيد ، بل هو على خطر العدم ، ولهذا لا يجوز التعاقد عليه .

٤٣٥ — على أن هذا الشرط ليس متفقاً عليه بين الفقهاء جميعاً ، كما أن رعايته

(١) السلم ، هو بيع أجل بعاجل ، أي يبيع شيء غير موجود بمد بشمن حال ، كما يفعل الزارع مع التجار في بيع المحصولات الزراعية قبل وجودها . والاستصناع عقد على عمل الصانع ، كما تفعله مع الحياطين والتجارين مثلاً .

ليست واجبة في العقود كلها. ولذلك ، ذهب الإمام مالك ، فيما يختص بعقود التبرعات كالهبة والوقف ، إلى جواز أن يكون موضوع العقد محتمل الوجود في المستقبل ، وإن لم يكن موجوداً فعلاً حين العقد . وفي الرهن يجوز أن يكون موضوع العقد ، أى الشيء المرهون ، غير موجود وقت العقد ، « فشيء يتوثق به خير من عدمه » ، كما يقولون^(١) . كما يرى ، فيما يوجد من الخضر والفاكهة بعضه في إثر بعض كالباذنجان واللوييا والبطيخ والشمام ، جواز أن يكون ما لم يظهر بعد موضوعاً لعقد البيع متى ظهرت البواكير ، « لأن فيه ضرورة ؛ لأنه لا يظهر الكل دفعة ، بل على التعاقب ، بعضها بعد بعض ، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض ، لوقع الناس في الحرج »^(٢) .

وسائر الفقهاء ، ومنهم الأحناف ، يقولون بأنه لا حرج في عدم تجويز ما لم يظهر بعد من هذه الأشياء ، لأن المالك يستطيع بيع أصول هذه الخضر والفواكه فيكون ما يحدث منها يحدث على ملك المشتري ، وبهذا نبعد عن بيع المعدوم ، ولا يكون فيه حرج على أحد^(٣) .

٣٦- وهنا ، تعرض حالة بيع الزرع والتمر في الأرض قبل بدو صلاحه ، أو بعد ذلك ؛ فهي حالة تعرض كثيراً في الحياة العملية التجارية ، ولهذا تعرض لها الفقهاء في باب البيع .

أما قبل بدو أو ظهور صلاح الزرع والتمر ، فلا يجوز بيعه ، لنهى الرسول عن ذلك ، لأن له خطر المعدوم ، والنهى هنا يقتضى فساد العقد ، وفيه يقول الرسول

(١) الشرح الصغير للدردير وحاشية بلغة السالك عليه ، ج ٢ : ١٢١ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٥ : ١٣٨ — ١٣٩ . وانظر مواهب الجليل ، والتاج والإكليل

على هامشه ، ج ٤ : ٢٩٤ .

(٣) وراجع المبسوط للسرخسي ج ١٢ : ١٩٥ — ١٩٧ ؛ فقد جاء فيه أن شراء الخضر

والفاكهة ، وقد خرج البعض دون البعض ، لا يجوز عندنا [الأحناف] خلافاً لمالك . وفي قول يجوز عندنا استعساناً ويجعل الموجود أصلاً في العقد والآخر تبعاً ، لتمام الناس ، وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج بين ، وفي رواية عن محمد جواز بيع الورد على الأشجار هكذا . وراجع أيضاً ، الزيلعي ج ٤ : ١٢ .

كما جاء بالبخارى : « أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه » ! ولكن إذا كان هذا الزرع والتمر وصل إلى درجة يصير بها منتفعاً به على وجه من الوجوه ، وكان المشتري سيقطعه في الحال ، صح البيع لزوال سبب فساد ، إذا قد اشترى شيئاً منتفعاً به وموجوداً بالفعل حال العقد^(١) .

فإن كان الزرع والتمر قد بدأ صلاحه حين العقد ، إلا أنه لم يستحصد تماماً ، جاز البيع من غير القطع في الحال على المشتري ، وله إبقاؤه في الأرض إلى وقت الحصاد والجذاذ لأن العرف يقتضيه^(٢) . وهذا ما يقع كثيراً بين تجار المحاصيل الزراعية وبخاصة الخضر والفواكه^(٣) .

٤٣٧ - وإذا كنا قد رأينا المالكية لا يتشددون في اشتراط أن يكون موضوع العقد موجوداً حال التعاقد ، وبخاصة في بعض العقود ، فإن ابن تيمية يذهب في ذلك إلى أوسع الحدود . إنه يرى أن المدوم يصح أن يكون موضوعاً للعقد على اختلاف أنواعه ، بلافرق بين عقود المعاوضات والتبرعات وغيرها . وإذا حدث أن شيئاً لم يصح أن يكون محلاً للعقد ، كان السبب في ذلك ما يصحبه من الغرر والجهالة المفضيان عادة إلى النزاع ، أو القمار ، أى لا لأنه معدوم .

وفي هذا ، يقول بأنه ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله ، ولا عن أحد من الصحابة ، أن يبيع المدوم لا يجوز ، لا بلفظ عام ، ولا بمعنى عام . وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة ، كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة ، وليست العلة في المنع الوجود أو العدم . بل الذي في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر ، والغرر ما لا يُقدَّر على تسليمه ،

(١) كشف القناع ، ج ٢ : ١١١ ؛ البدائع ، ج ٥ : ١٧٣ ، وفيه أن للمشتري إبقاء ما اشترى بالأرض بإذن البائع ؛ الزيلعي ، ج ٤ : ١٢ .

(٢) كشف القناع ، ج ٢ : ١١٤ . وراجع عند الأحناف ، بدائع الصنائع ، ج ٥ : ١٧٣ ؛ والزيلعي ، ج ٤ : ١٢ . وفي هذين الكتابين تفصيل دقيق وتلخيص محرر لمسألة بيع الزرع والتمر قبل ظهور صلاحه أو بعده . وانظر أيضاً ، المبسوط ، ج ١٢ : ١٩٥ - ١٩٦ .

سواء أكان موجوداً أم معدوماً ، كالعبد الأبق والبعير الشارد ونحو ذلك مما لا يُقدر على تسليمه ، بل قد يحصل وربما لا يحصل ، وهو غَرَر لا يجوز بيعه وإن كان موجوداً . فإن مُوجِب البيع تسليم المبيع ، والبائع عاجز عنه ، والمشتري إنما يشترطه مقامرة ؛ فإن أمكنه أخذه كان المشتري قد قَمَر البائع ، وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قد قَمَر المشتري^(١) . وهكذا المعدوم الذي هو غَرَر ، نُهي عن بيعه لكونه غَرَرًا ، لا لكونه معدوماً . كما إذا باع ما يحمل هذا الحيوان أو ما يحمل هذا البستان ؛ فقد يحمل وربما لا يحمل ، وإذا حمل فالحمول لا يُعرف قدره ولا وصفه ، فهذا من القمار والميسر الذي نهى الله عنه . ومثل هذا ، إكراء دواب لا يقدر على تسليمها ، أو عقار لا يملك تسليمه ، بل قد يحصل وربما لا يحصل^(٢) .

وبعد ابن تيمية ، نجد تلميذه ابن القيم يصدر عن هذا الرأي ، من أن المعدوم يصح أن يكون محلاً للعقد مادام لا غرر فيه . وإن ماورد عن الرسول من قوله : « لا تبع ما ليس عندك » ، ونحوه مما يفيد النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة ، السبب فيه هو الغرر لعدم القدرة على التسليم مثلاً ، لا أنه معدوم ، فإذا انتفت العلة لم يوجد الحكم . ولذلك ، أباح الشارع الإجارة والمساقاة وبيع الثمر بعد بدو صلاحه ، لعدم الغرر في هذا^(٣) . ولم يُجَزَّ بيع البعير الشارد وإن كان موجوداً ، لوجود الغرر في بيعه ، كما لم يجز إجارة دابة لا يقدر المؤجر على تسليمها ، وهكذا حكم سائر عقود المعاوضات^(٤) .

٤٣٨ — وقد يكون من الحق ، مع تقديرنا لتوسعة مالك وابن تيمية وابن القيم على الناس في معاملاتهم ، أن نقول إن طبيعة العقد قد تكون نفسها هي الحكم

(١) لأنه في الحالة الأولى يكون قد اشترى شيئاً بأقل من قيمته لأنه كان مخاطراً ، وفي الثانية يكون البائع قد أخذ ثمن شيء لم يقدر فعلاً على تسليمه .

(٢) القياس في الشرع الإسلامي ، ص ٤٠ .

(٣) من هذا التحليل ، نعرف السبب في ذهاب ابن القيم إلى أن الإجارة والمساقاة ونحوهما تجوز قياساً ، لا استحساناً ، مع أن محل العقد فيها معدوم حين التعاقد .

(٤) إعلام الموقعين ، ج ١ : ٣٥٧ — ٣٥٨ .

في الأمر . فالبيع ، مثلاً ، من طبيعته ومقتضاه نقل ملكية شيء موجود فعلاً من مالك إلى آخر ، وإذا فوضوه يجب أن يكون موجوداً حين العقد . ومن ثمّ ، لا يصح بيع الزرع قبل ظهوره ، ولا الحمل في بطن أمه ، ونحو هذا وذاك ؛ فربما لا تُنبت الأرض ، وربما لا تلد الماشية إلا جثة ميتة .

أما في العقود التي من طبيعتها ألا توجد موضوعاتها مرة واحدة ، فلا معنى لاشتراط أن يكون محل كل منها موجوداً حين التعاقد ، ويكفي لصحتها أن يكون محتملاً ، أو متوقع الوجود عادة في المستقبل . ومن هذه العقود ، الإجارة ، والمزارعة ، والاستصناع ، ونحوها^(١) .

٤٣٩ — ٢) قابليته لحكم العقد : وهنا نجد الفقهاء جميعاً على اتفاق في أن مالا يقبل حكم عقد من العقود لا يصح أن يكون موضوعاً له . ففي البيع ، مثلاً ، لا بد أن يكون المبيع مالا في رأى المتعاقدين ؛ وإذا ، فلا تصح الميتة والدم أن يكونا مبيعين ، ولا الخمر والخنزير في عقد يجري بين مسلمين ، ومن الميتة ذبيحة الجوسى^٢ والمرتد^٣ ، لأن كل ذلك ليس بمال^(٢) .

ومن قبول الموضوع لحكم العقد ، ألا يكون مباحاً إذا كان العقد عقد بيع أو هبة ، مما يفيد نقل الملكية ، بل يجب أن يكون مملوكاً للبائع ، لأن المباح ليس أحد أولى بملكيته من آخر . ولذلك ، لا يصح بيع أوهبة سمك في الماء أو طير

(١) وبالرجوع إلى المادة ١٣١ من القانون المدنى الجديد . وإلى الوسيط للأستاذ السهورى . ص ٣٧٥ ، ٣٧٧ ، يتبين لنا أن محل العقد يصح أن يكون شيئاً مستقبلاً كالحصول الزراعى قبل أن ينبت والدار قبل أن تنبت ، أو محتمل الوجود كنتاج الدابة . ونزيد أننا كثيراً ما نجرى على التعاقد على شيء غير موجود حال العقد ، كما هو الأمر في بيع الكتاب « اشتراكات » قبل طبعه .

(٢) البدائع ، ج ٥ : ١٤٠ — ١٤١ . وراجع كشف القناع ، ج ٢ : ٧ ، فقد جاء فيه : أن من شرط البيع والتمن أن يكون مالا ، والمال شرعاً هو ما أبيع الانتفاع به من الأعيان والمنافع في غير حاجة أو ضرورة . فخرج مالا نفع فيه أصلاً كالخسرات ! ، وما فيه منفعة محرمة كالخمر . أو منفعة للحاجة كالكلب ، أو للضرورة كالهيئة حال الخمصة والخمر لدفع لفمة غص بها .

في الهواء ولا نحوهما مما هو مباح للناس جميعاً^(١) . ومثل هذه المباحات ، في أنها لا تكون موضوعاً للعقد ، الأملاك العامة للدولة كالطرق والأنهار والجسور والقناطر العامة^(٢) .

٤٤٠ — وفي آلات الملاهي ، كالطبل والمزمار والدفّ ونحوها ، خلاف بين الفقهاء . فعند الشافعية عدم جواز بيعها ، مادامت أداة لهو محرم . ويجب أن يكون الأمر كذلك عند الحنابلة والمالكية ، إذ يشترطون في العقود عليه أن يكون الانتفاع به حلالاً ومباحاً في غير ضرورة .

والأمر مختلف فيه عند الأحناف أنفسهم ، فقد رأى الصاحبان أن هذه الآلات ليست مالا ، لأنها موضوعة للتلهي والفساد ، فلا تكون محلاً لعقد البيع . وعند الإمام أنها مال في نفسها ، إذ يمكن الانتفاع بها انتفاعاً مشروعاً أحياناً كما في حالة الموسيقى التي تصحب الجنود مثلاً ، وكونها آلات لهو وفساد لا يسقط ماليتها فتكون كالمغنيات والقيان . وعلى ذلك ، يضمن من يتلف شيئاً منها قيمته عند الإمام ، ولا يضمن عند الصاحبين^(٣) .

٤٤١ — (٣ —) تعيّنه ومعرفته : يجب أن يكون محل العقد معروفاً لطرفيه ومعيناً ، بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين ، وهذا

(١) البدائع ، ٥ : ١٤٦ — ١٤٧ ، وفيه جواز بيع دور مكة وأرضها وإيجارها عند الشافعي ، خلافاً لأبي حنيفة مستدلاً بقول الرسول : إن الله تبارك وتعالى حرم مكة يوم خلقها ، لم تحل لأحد قبل ولا تحل لأحد بعدى ، وإنما أحلت لي ساعة من نهار إلى آخر الحديث . والعمل الآن في الحجاز على جواز ذلك ، كما هو معروف .

(٢) وفي القانون المدني اشتراط أن يكون محل العقد قابلاً للتعامل ، وهذا يرجع إلى الغرض الذي خصص الشيء له ؟ فما يتناقض معه لا يجوز ، والإجاز . وعلى ذلك ، لا يجوز بيع جانب من الطريق العام أو شاطئ البحر مثلاً ، وإن كان يجوز للدولة إيجارته . راجع الوسيط للأستاذ السهوري ، ٣٩٧ — ٣٩٨ .

(٣) راجع نهاية المحتاج ، ٣ : ١٩ — ٢٠ ؛ الفرح الكبير للردوير وحاشيته ، ٣ : ١١ — ١٢ ؛ كشف القناع ، ٢ : ٧ ومواضع أخرى ؛ البدائع ، ٥ : ١٤٤ .

شرط متفق عليه بين الفقهاء عامة ؛ لورود الآثار عن الرسول بالنهاى عن عقد هذا شأنه ، ولأن الأساس الأول فى العقود هو التراخى .

وهذه المعرفة تحصل برؤية المبيع حال العقد ، أو رؤية بعضه إن كان هذا يكفى فى رؤية باقية كما هى الحال فى رؤية قطعة من قماش ثوب واحد عند تجار الأقمشة ، أو بوصفه وصفا يكشف عنه تماما إذا كان المعقود عليه غير حاضر حين العقد . وكذلك تحصل المعرفة بالمعقود عليه ، وإن كانت الرؤية تمت قبل العقد بزمان لا يحتمل أن يكون قد تغير^(١) .

٤٤٢ — على أن الجهالة فى محل العقد قد تكون يسيرة ، وقد تكون فاحشة وهذه هى التى تمنع أن يكون موضوع العقد ، والعرف هو الحكم فى بيان أنها جهالة يسيرة أو فاحشة . فخيوان من الحيوانات دون بيان جنسه ، وأداة تصوير أو راديو دون بيان « ماركتها » أو نوعها ، كل هذا ونحوه يعتبر مجهولا . جهالة فاحشة تمنع من صحة العقد على بيعه ، إذ تؤدي حتما إلى نزاع شديد بين المتعاقدين .

وهذه الجهالة الفاحشة كما تمنع من صلاحية الشيء لأن يكون محلا لعقد البيع ، تمنع من أن يكون محل عقد آخر كالإجارة مثلا . ولذلك ، نجد علاء الدين الكاسانى يذكر من شروط صحة عقد الإجارة علم المنفعة المعقود عليها علما يمنع من المنازعة ؛ فإن كانت مجهولة جهالة تُفضى إلى النزاع ، منعت من صحة العقد ، وإلا فلا . وقد ضرب مثلا للجهالة المانعة لما تحدثه من النزاع ، قول القائل : أجرتك إحدى

(١) كشف القناع ، ٢ : ١٦ — ١٧ ؛ الشرح الكبير للدردير وحاشيته ، ٣ : ١٧ ، ٢٦ — ٢٧ ؛ نهاية المحتاج ، ٣ : ٢٦ — ٢٨ ؛ الزيلعى ، ٤ : ٤ وما بعدها . وقارن هذا ، بالمادة ١٣٣ من القانون المدنى التى توجب أن يكون محل الالتزام معينا بذاته أو بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلا . كما تقرر أنه إذا لم ينفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين — أى البائع مثلا — بالصنف الوسط . وانظر الوسيط للأستاذ السهورى ، ص ٣٨٧ — ٣٨٩ ؛ والمادة ٤١٩ من القانون المدنى الجديد .

هاتين الدارين ، أو استأجرت أحد هذين العاملين^(١) .

٤٤٣ — وإذا كان من المتفق عليه بين الفقهاء ، ومنهم الإمام مالك ، اشتراط عدم جهالة موضوع العقد جهالة تؤدي إلى النزاع كما رأينا ، فإن هذا الإمام لم يتشدد في ذلك كما تشدد غيره ، كما لم يُعمَّم — على ما سبق ذكره — شرط وجود الشيء حين العقد عليه في حل العقود . ولهذا ، يذكر الإمام شهاب الدين القرافي في ذلك ما نأتى به ملخصا إذ يقول^(٢) :

وردت الأحاديث الصحيحة في نهيه عليه السلام عن بيع الفرار وعن بيع المجهول ، واختلاف العلماء بعد ذلك . فمنهم من عممه في التصرفات وهو الشافعي ، فمنع من الجهالة في الهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح وغير ذلك . ومنهم من فصل وهو مالك ، فقد انقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام : طرفان وواسطة . فالطرفان ، أحدهما معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك ، إلا مادعت الضرورة إليه . وثانيهما ، ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء ؛ فإن هذه التصرفات إن قامت على من أحسن إليه بها ، لا ضرر عليه فإنه لم يبذل شيئا ؛ بخلاف القسم الأول إذا قامت بالفرار والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته ، فاقترضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه .

أما الإحسان الصرف ، فلا ضرر فيه ، فاقترضت حكمة الشرع التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول . فإذا وهب له عبده الآبق ، جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به ، وإن لم يجده لا ضرر عليه لأنه لم يبذل شيئا . ثم ، إن الأحاديث وردت في البيع ونحوه ، فلا يلزم مما نقول مخالفة نص صاحب الشرع .

(١) بدائع الصنائع ، ج ٤ : ١٧٩ - ١٨٠ . على أن عقود التبرعات لا تضر فيها الجهالة التي تضر في غيرها ، لامتناع المنازعة طبعاً في التبرعات . ولذلك ، تصح وصية إنسان بجزء من عمر من تركته ، وهبة مكتبة لفلان أو جهة علمية ، من غير بيان مقدار الجزء الموصى به وعدد كتب المكتبة وبيانها .

(٢) كتاب الفروق ، ج ١ : ١٩٤ - ١٩٥ ، في الفرق الرابع والعشرين .

وأما الواسطة بين الطرفين ، فهو الزواج . فهو من جهة أن المقصد منه المودة والألفة لا المال ، يقتضى أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقا ؛ ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال مهراً للزوجة ، يقتضى امتناع الجهالة والغرر . فوجود الشبهين ، توسط مالك ؛ فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير نحو شؤرة (أى أثاث وجهاز) بيت ، ولا يجوز على العبد الأبق والبعر الشارد . لأن الأول يرجع فيه إلى الوسط المتعارف ، والثانى ليس له ضابط فامتنع ^(١) .

٤٤٤ — ٤) القدرة على تسليمه : وأخيراً ، يشترط في محل العقد أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد ، وهذا شرط محل اتفاق الفقهاء جميعاً أيضاً . وإذا ، فالحيوان الضال الشارد ونحوه لا يصح أن يكون موضوعاً لعقد البيع أو الإجارة ونحوهما ، وإن صح عند مالك أن يكون محلاً لعقد الهبة أو مثلها من عقود التبرعات كما سبق . لأنه في عقود المعاوضات ليس المهم فقط أن يكون المعقود عليه مملوكاً ، بل أيضاً كون مالكه قادراً على تسليمه للطرف الآخر للعقد ، حتى لا يقع نزاع عند إرادته تسليم ما تعاقد عليه .

وكذلك السمك في الماء ، أو الطير في الهواء ، أو دار أو أرض أو أى شئ آخر تحت يد العدو ، لأن كل هذا لا يقدر المتعاقد على تسليمه . ولأن السمك والطير ونحوهما ، كالكلأ والماء في النهر أو البئر ، من المباحات للناس جميعاً ، ومن شروط موضوع العقد أن يكون مملوكاً للمتعاقد الذى يريد بيعه مثلاً .

وفى هذا ، يقول علاء الدين الكاسانى فيما يختص بالبيع ، بأن من شروطه : « أن يكون (المراد بيعه) مقدور التسليم عند العقد ، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينقد وإن كان مملوكاً له ، كبيع الآبق فى جواب ظاهر الروايات . حتى لو ظهر ، يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا فيكون بيعاً مبتدأً بالتعاطى ... » .

(١) نعتقد أن هذا التفصيل الدقيق يتفق مع رأى ابن تيمية وابن القيم ، على ما قلناه عنهما من تجويز أن يكون موضوع العقد معدوماً حال العقد متى امتنع الغرر . والمعروف عند الأحناف أنه يجوز الكفالة بالمال ولو مجهولاً جهالة غير يسيرة ، وراجع الزيلعى مثلاً ج ٤ : ١٥٢ - ١٥٣ .

كما يذكر في شروط صحة الإجارة ، « ومنها أن يكون مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا لأن العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود (عليه) بدونه . فلا يجوز استئجار الآبق ، لأنه لا يقدر على استيفاء منفعته حقيقة لكونه معجوز التسليم حقيقة ، ولهذا لم يجز بيعه . ولا تجوز إجارة المنصوب من غير الغاصب ، كما لا يجوز بيعه من غيره ، لما قلنا . . . »^(١) .

٤٤٥ - تلك ، هي الشروط التي يجب أن تتوافر في الشيء ليصح أن يكون موضوعا أو محلا للعقد بصفة عامة ؛ ومنها نعرف أن جماعها أن يكون هذا الشيء قابلا لحكم العقد ، وخاليا من كل ما يؤدي إلى النزاع بين المتعاقدين ، فإن هذا الشرط الثاني يقتضي أن يكون محل العقد موجوداً ومعيناً معروفاً ومقدوراً على تسليمه . على أن هناك ، بعد تلك الشروط ، شرطاً آخر ينص عليه كثير من الفقهاء صراحة ، وهو أن يكون المبيع طاهراً لا نجساً ، وزامم يذكر أنه - اهتماماً به - على رأس شروط المعقود عليه ، ثم بعد الاتفاق عليه ينزلون إلى التطبيقات^(٢) . وهنا يصرحون بعدم صحة بيع الكلب^(٣) والخمر وساثر نجس العين ، وكذلك ما كان طاهراً ثم تنجس حتى لا يمكن تطهيره كاللبن والخل والزيت والدهن أما يمكن تطهيره كالثوب فيصح . ثم يختلفون بعد هذا في أشياء أخرى ينتفع بها وهي نجسة ، ويجيز بعضهم للضرورة صحة بيع روث البقر ووبر الغنم والإبل ونحو ذلك للحاجة إليها لتسميد الأرض وغير ذلك من ضروب الانتفاع^(٤) .

ولم نر عند الأحناف نصاً في اشتراط طهارة محل العقد أو عدم اشتراطها ولكن

(١) بدائع الصنائع ، ج ٥ : ١٤٧ من كتاب البيوع ؛ وج ٤ : ١٨٧ من كتاب الإجارة .
وراجع كشف القناع ، ج ٢ : ١٥ ، التاج والإكليل ومواهب الجليل ، ج ٤ . ٢٦٨ ؛ نهاية
الاحتاج ، ج ٣ : ٢١ - ٢٢ .

(٢) انظر نهاية المحتاج ، ج ٣ : ١٦ - ١٨ ؛ الخطاب على خليل والتاج والإكليل ،
ج ٤ : ٢٥٨ - ٢٦٣ .

(٣) عند الشافعية

(٤) انظر الخطاب والتاج والإكليل في الوضع السابق ذكره .

يفهم من بعض الفروع والتطبيقات الذهاب إلى هذا الشرط . ففي كتاب الهداية ، لا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس ، ولا بأس ببيع جلود الميتة والانتفاع بها بعد أن تُذْبَغ لأنها طهرت به ، وكذلك عظامها وصوفها وشعرها ووبرها لأنها طاهرة لا يُحِلُّ الموت فيها لعدم حياتها ^(١) .

المجموع (١٤١ / ٨ : ١٥٠)

المجموع (١٤١ / ٨ : ١٥٠) ثانياً — ما يختص بالعاقدة ^(١) المجموع (١٤١ / ٨ : ١٥٠)

٤٤٦ — ركن العقد هو ، كما نعرف ، الإيجاب والقبول اللذان يصدران من طرفيه . غير أنه ليس كل واحد من الناس يصلح أن يكون عاقداً ؛ فمن الناس من لا يصلح لإنشاء أى عقد فإيجابه أو قبوله لغو لا قيمة له ، ومنهم من يعتبر كلامه وفعله في بعض التصرفات دون البعض ، ومنهم من يعتبر كل ذلك منه . ثم ، منهم من يتصرف أصيلاً عن نفسه ، ومن يتصرف بالنيابة عن غيره على اختلاف ضروب النيابة .

ومرّد ذلك كله إلى أهلية المراء الذي يصدر منه التصرف أو عدم أهليته ، وإلى ولايته عن غيره أو عدم ولايته . ولهذا ، يجب الكلام عن هذين الأمرين : الأهلية والولاية ثم عما يتصل بذلك من بحوث أخرى مثل تصرفات الوكيل والفضولي .

٤ - الأهلية

٤٤٧ — يقال في اللغة : فلان أهل لكذا ، أى صالح له ؛ ومن ثم يقال بأن هذا أهل لأن يكون قاضياً ، أو أهل لأن يكون معلماً ؛ وهذا أهل لبيع ما يريد أو شرائه ، وذاك على العكس ؛ إلى غير ذلك كله من الأعمال والتصرفات عامة .

(١) ٣٧ : ٣ ، وانظر مثل ذلك في الزيلعي ٤ : ٥٠ - ٥١ . ونحن نقول : إن اشتراط هذا الشرط ، والخلاف في تطبيقاته ، ينم عن روح غير عملية ممن ذهبوا إليه ، لأن المراد في المبيع أن يكون مالا ينتفع به كما يقولون ؛ ولا ريب في أن بعض ما هو نجس بطبيعته أو متنجس بما خالطه قد ينتفع به منفعة ظاهرة لا غنى عنها ، فلماذا لا يصلح أن يكون موضوعاً للعقد بلا خلاف بشرط ألا يكون محرماً كالحمر مثلاً !

هذا ، من ناحية اللغة . أما لدى علماء أصول الفقه الإسلامى ، فالأهلية قد تكون أهلية وجوب ، وقد تكون أهلية أداء . والأولى هى صلاحية المرء لأن تكون أقواله وأفعاله معتبرة شرعا ؛ فإذا صلى وصام أو حج مثلاً ، صح ذلك منه شرعا وكان مجزئاً ؛ وإذا باع أو اشترى أو تزوج أو طلق مثلاً ، كان كل هذا صحيحاً منه ، وكان ملزماً أن ينشأ عما نشأ عن تصرفه من التزامات تختلف باختلاف العقود والتصرفات .

ويعرف أبو الفضل محيى الدين مُنْذراً خُسرَ والمتوفى عام ٨٥٥ هـ ، هذين النوعين من الأهلية فيقول : الأهلية نوعان ؛ أحدهما الوجوب ، أى صلاحيته . [يريد صلاحية المحكوم عليه] لوجوب الحقوق المشرعة له وعليه ؛ والثانى أهلية الأداء أى صلاحيته لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً ^(١) .

١- أهلية الوجوب

٤٤٨ - وإذا صح أن لكل شيء علة ، بوجودها يوجد وبعدمها يعدم ، فما علة هذا النوع من الأهلية ؟ قال أكثر الفقهاء بأن علة «الذمة» التى توجد فى الإنسان ؛ لا العقل وحده ، وإلا لما كان للطفل والمجنون أهلية وجوب ، وهذه الذمة هى الوصف أو الأمر الذى يكون الإنسان به أهلاً لما له وما عليه من الواجبات .

ولنا أن نقول بأن هذا اللفظ : «الذمة» ، وإن ورد فى القرآن فى قوله تعالى فى سورة التوبة : «لا يرقبون فى مؤمن إلا ولا ذمة» ، إلا أن معناه غير واضح تماماً ولا يدل على معنى وجودى فى الإنسان زائد عما نعرف له من عقل وقوى مختلفة ظاهرة وباطنة . ولهذا نفضل القول بأن مناط أهلية الوجوب فى الإنسان هو «إنسانيته» التى تدوم له بدوام وجوده ؛ فهما دام له ، وذلك يدوم طول وجود

(١) مرآة الأصول ، ص ٥٩٠ - ٥٩١ .

الإنسان حياً ، فله أهلية وجوب ، ومتى انتهى بالموت فقد الأهلية بنوعها^(١) .

وإذا ، لا أهلية لغير الإنسان باعتبار ما فيه من صلاحية لتعلق الحقوق والواجبات به ، له وعليه ، سواء أ جعلنا مناط هذه الصلاحية ما فيه من ذمة أم من إنسانية ؛ ولهذا يكون الفقه الإسلامى لم يعرف « الشخصية المعنوية » التى فرضها القانون لبعض الجهات والمؤسسات كالوقف ودور العلم والمستشفيات . وجعلها مناط ما يكون لها من حقوق وواجبات والتزامات يقتضيها ويؤديها من يلون أمورها . ومن ثم ، نجد بعض رجال الفقه يرون بأن الوقف ، مثلاً ، لا ذمة له ، فيقول : « المصرح به أن الوقف لا ذمة له ، وأن الاستدانة من القيم لا تثبت الدين في الوقف ؛ إذ لا ذمة له ، ولا يثبت الدين إلا على القيم ، ويرجع به على الوقف ، وورثته تقوم مقامه في الرجوع^(٢) » .

المخصص

٤٤٩ — على أن هذا رأى غير معقول ؛ إذ من المنصور عليه أن المحكوم له وعليه قد يكون غير إنسان ، أى جهة أو مؤسسة بالتعبير الحديث ؛ قد يكون ، مثلاً ، بيت المال أو جهة وقف ، أو داراً من دور العلم ، أو مستشفى من المستشفيات . ومن ثم ، يقال إن بيت المال وارث من لا وارث له ، فهذا حق ثبت له ؛ كما يقال بأن عليه نفقة من لا عائل له من الفقراء ، فهذا حق أو واجب ثبت عليه . ولذلك أيضاً ، تصح الوصية للمساحد وغيرها من المؤسسات العامة ، وهذا معناه بوضوح ثبوت حقوق والتزامات لهذه الجهات والمؤسسات وعليها .

إذا ، هناك شخصيات معنوية عرفها الفقه الإسلامى ، وإن لم يعرف هذا التعبير الحديث ، وهناك من له أهلية وجوب غير الإنسان . ومن أجل ذلك ، نجد صاحب تنقيح الحامدية نفسه يذكر ما يأتى : « للمسجد وقف ، فأذن الناظر لحصرى أن يكسو المسجد ويكون ثمن الحصر من ريع الوقف ، ففعل ، وعزل الناظر ، ثم تولى

(١) راجع فى التفرقة بين الذمة والأهلية ، وبيان معنى كل منهما ، بعد تحليل دقيق لها ،

الفروق للقرافى ٣ : ٢٥٠ — ٢٥٣

(٢) تنقيح الحامدية ، ١ : ٢٢٢ .

فناظر وهو إلى الآن ناظر ، والناظر الأول لم يتناول من ربيع الوقف شيئاً . فهل يلزم
الناظر الثاني تخلص حق الحصري ، لأن حقه متعلق بربيع الوقف ؟ أم يلزم الناظر
الأول ؟ الجواب يلزم الناظر الثاني تخلص حق الحصري ودفعه له من ربيع الوقف ،
ولا يلزم ذلك الناظر الأول حيث عزل ^(١) .

من ذلك ، يكون من الواجب أن نعترف صراحة بما لبعض الجهات والمؤسسات
من شخصية معنوية ، تتمثل في شخص القوام عليها ، وتكون هذه الشخصية
المعنوية ملاك أهلية الوجوب لها وعليها ، وبهذا تقوم المعاملات بين الناس
على أساس سليم ^(٢) .

٤٥٠ - ومهما يكن ، فأهلية الوجوب إما ناقصة وإما كاملة ؛ فهي ناقصة
للجنين قبل أن يولد ، وكاملة بعد الولادة . وتكون ناقصة في تلك الحالة ، بمعنى أنه
يجب له الحقوق التي لا تحتاج لقبول كالإرث والوصية وغللات الوقف والنسب ^(٣) ؛

(١) تنقيح الحامديه ، ١ : ٢٢٣ . ونجد مثل هذا في أسنى المطالب على روض الطالب
للشيخ زكريا الأنصاري الشافعي ٢ : ٣٦٥ ، وفي نهاية المحتاج للرملي ، فلقم على المسجد
أو بيت المال الأخذ بالشفعة لها بسبب الشركة في ملكية العقار المبيع إن وجد في ذلك المصلحة لها .
ونسئ أسنى المطالب هكذا : « ولو كان للمسجد شقص (أي نصيب) من أرض مشتركة ، مملوكة
له بشراء أو هبة ، ليصرف في عمارته ، ثم باع شريكه نصيبه في تلك الأرض فلقم على المسجد أن
يشفع ويأخذ حصة الشريك بالشفعة . إن رأى ذلك مصلحة . كما لو كان لبيت المال شريك في أرض
فباع شريكه نصيبه فيها ، فلامام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة » .

وفي منح الجليل (٣ : ٥٨٤) للشيخ عlish المالكى ، أن للسلطان باعتباره ناظر بيت المال
أن يأخذ له بالشفعة إذا كان له شقص ، بسبب ميراث مثلاً ، عندما يبيع الشريك .
وإذا ثبت الملك بالهبة والوقف والوصية والشفعة ونحوها ، للمسجد وبيت المال ، ومعنى هذا
ثبوت الذمة لها التي هي مناط أهلية الوجوب ، ويقاس طبعاً أمثالها عليهما .

(٢) لا تثبت أهلية الوجوب للإنسان وحده ، ولا لبعض الجهات والمؤسسات ، كالتى ذكرناها
فقط ؛ بل سائر الحيوانات لها أهلية وجوب تستحق بها الإحسان إليها في المعاملة . ديانة كما يرى
أبو حنيفة وابن رشد من المالكية ، وديانة وقضاء أيضاً كما يرى بعض الفقهاء الآخرين حتى لترفع
الدعوة من أجلها حصة على المالك . انظر مذكرة الالتزامات في الشرع الإسلامى للعلامة المرحوم
أحمد إبراهيم طبعة سنة ١٩٤٥ ص ١١٢ - ١١٣ .

(٣) أما الحقوق التي تحتاج لقبول ، مثل الهبة ، فلا تثبت له ، لأنه لا يستطيع طبعاً القبول ،
ولأن الشريعة الإسلامية لا تجعل للجنين ولياً أو وصياً يقبل عنه باسمه . لكن المادة الثالثة من
قانون المحال الحسبية تقضى بإقامة وصي على الجنين محافظة على ما يكون له من حقوق ، طبقاً لرأى
بعض الفقهاء ، وهذا حسن وفيه صالح له .

لأن ليس له وجود مستقل وهو في بطن أمه ، وإن كانت له حياته الخاصة ، ما دام ينتقل بانتقال أمه ويقر بقرارها . ولكن لا يجب عليه أى شيء من الحقوق للآخرين حتى إن اشترى له وليه من أب أو غيره شيء لا يجب عليه الثمن .

وإذا انفصل الجنين عن أمه بالولادة حياً ثبتت أهلية الوجوب كاملة ، وحينئذ يكون أهلاً لثبوت الواجبات والحقوق عليه ، كما كان أهلاً لثبوتها له قبل الولادة^(١) . وهذه الأهلية تبقى له طول حياته ، من طفولته إلى مماته ، ولو صار معتوهاً أو مجنوناً جنوناً مُطَبِّقاً دائماً .

وليس معنى هذا أنه يجب على الإنسان بعد ولادته كل شيء ، ولو كان طفلاً ، بل لأنه لضعف بنيته وعقله قبل البلوغ لا يجب عليه إلا كل ما يستطيع أدائه عنه من ماله من حقوق الله أو العباد .

٤٥١ — مثلاً ، يجب أن يؤدي وليه عنه نفقة من يكون له من قريب أو زوجة وما يكون على أرضه من خراج ، وما يجب إخراجه من زراعته من عشر ، وضمان ما أتلف من حقوق العباد . ولكن لا يجب عليه شيء من العبادات البدنية كالصلاة والصوم ، أو المالية كالزكاة لأن المقصود من فرضها هو الأداء لا المال ؛ ليظهر المطيع من العاصي ، أو البدنية المالية كالحج^(٢) .

وزكاة الفطر فيها معنى العبادة ، كما فيها الناحية المالية . وللناحية الأولى ، لم يوجبها على الطفل ومن في حكمه ، كالمعتوه والمجنون ، بعض الفقهاء كالإمامين محمد وزفر ؛ على حين راعى آخرون كأبي حنيفة وأبي يوسف ، الناحية المالية فجعلوها واجبة عليهم في أموالهم ، ولعل في هذا الرأي خيراً للفقراء والمساكين من المستحقين .

وكذلك ، نرى هذا الخلاف بين الفقهاء في زكاة المال ؛ فالأحناف لم يوجبوها على الطفل ومن يلحق به ؛ على حين نظر الأئمة الثلاثة ، الشافعي ومالك وأحمد ،

(١) انظر مرآة الأصول ، ص ٥٩٢ ؛ والتلويح والتوضيح ، ص ٢ : ٧٢٩ - ٧٣٠ .

(٢) انظر مرآة الأصول ، ص ٥٩٢ - ٥٩٤ ؛ والتلويح والتوضيح ، ص ٢ : ٧٣٠ - ٧٣١ .

إلى المعنى المالى فيها فجعلوها واجبة فى مال القاصر ، وهذا أيضاً خير للمستحقين .
وبخاصة وهذا المجتمع ، بما له من قوانين ومنفذين لها ، هو الذى يحافظ على الملكيات
والأموال عامة ، فواجب إذاً أن يؤخذ من كل مالك زكاة ماله لمصلحة المستحقين
لها وللمجتمع بصفة عامة

٢- أهلية الأداء

٤٥٢ — هذا الضرب من الأهلية هو الذى تتوقف عليه المعاملات والتصرفات
على كافة أنواعها ، قولية كانت أو فعلية ، كما تتوقف عليه بحق ، حقوق الله أيضاً من
صلاة وصوم وحج وما سواها . وهى ، لهذا ، إما ناقصة وإما كاملة تبعاً لما يكون
عليه الإنسان فى أطوار حياته ؛ أى طور الطفولة ، وطور التمييز قبل بلوغ الرشد
الكامل ، وطور الرشد إلى نهاية الحياة .

وللإنسان فى كل طور من هذه الأطوار ، ولكل حالة من حالاته من صحة
ومرض ، له أحكام بالنسبة لتصرفاته تختلف عن الأحكام فى الأطوار والحالات الأخرى ،
اختلافاً يرجع إلى ما يكون له من عقل يدرك ما يقدم عليه من قول أو فعل .

ملاك أهلية الأداء هو ، إذاً ، التمييز والعقل ؛ فالعقل القاصر تثبت به أهلية
قاصرة ، والعقل الكامل تثبت به أهلية كاملة . والأول عقل الصبي المميز الذى
يدرك الخير من الشر ، ويعرف ما فيه النفع والضرر من الالتزامات والتصرفات .
والثانى عقل من بلغ رشده ووصل عقله إلى كماله^(١) . أما الطفل ، منذ ولادته إلى أن
يدرك سن التمييز ، فلا تثبت له أهلية أداء ، لا كاملة ولا قاصرة أو ناقصة .

٤٥٣ — من أجل ذلك ، نستطيع أن نقول مع الأصوليين : إن الإنسان ،
من هذه الناحية ، يمر بأطوار ثلاثة : طور قبل سن التمييز ، وطور التمييز ،
وطور البلوغ .

(١) انظر مثلاً مرآة الأصول ، ص ٥٩٤ - ٥٩٥ ؛ التلويح والتوضيح ، ج ٢ : ٧٣١-٧٣٢

فالطفل منذ يولد تثبت له أهلية الوجوب كاملة ، لكنه لا تثبت له أهلية أداء مطلقاً ، لا كاملة ولا ناقصة قبل سن التمييز . فكل عقود وتصرفاته باطلة لا تترتب عليها أى آثار شرعاً ، ومثله المجنون ومن فى حكمه^(١) ، وإن كان يؤاخذ بجنايته مالياً فيما لو قتل إنساناً أو أتلف مالا لأحد مثلاً .

ويقوم مقامه فى هذا الطور ، فى مباشرة ما تدعو إليه الحاجة من العقود والتصرفات ، من يلى أمره من أب أو جد أو وصى . ويستمر الأمر هكذا ، حتى يبلغ سن التمييز ، أى السابعة من عمره .

٤٥٤ — وإذا شب الطفل وصار صبيّاً ، بأن بلغ السن التى تعتبر سن التمييز عادة ، وصار عارفاً للمراد من العقود ولمعانى الألفاظ والعبارات الدالة عليها والمستعملة فيها كانت له أهلية أداء ناقصة ما دام لم يبلغ سن الرشد^(٢) .

وتصرفات الإنسان فى هذا الطور ، طور الصبا والتمييز ، على ثلاثة أقسام :

(أ) ما يصح وينفذ متى قام به دون حاجة لإجازة من وليه ، وهذا هو العقود والتصرفات النافعة نفعاً محضاً ؛ مثل قبول الهبة والوصية والكفالة بالدين ، فهذه تصرفات كلها نفع واضح ، فلا حاجة لتوقف صحتها ونفاذها على ولى أمره .

(ب) ما كان ضاراً ضرراً محضاً لا نفع فيه بحال ، مثل طلاق امرأته^(٣) ، وكفالة بالدين أو بالنفس ، وتبرءه على أى وجه كالهبة والوصية^(٤) والوقف وإقراضه كل ذلك لا يصح ولا ينفذ ولو أجازاه وليه ، بل لو قام الولى عنه ببعض هذه العقود والتصرفات كانت غير جائزة ؛ لما فيها من الضرر .

(ج) ما كان متردداً بين النفع ، لاحتمال الربح ، وبين الضرر لاحتمال الخسران

(١) مثل المعتوه الذى لا يعيز (٢) يلحق به المعتوه الذى يعيز ، والمهجور عليه ، لسفه أو غفلة أو دين ، والمريض مرض الموت ؛ فلكل منهم أهلية أداء قاصرة ، كما سيأتى .

(٣) قد يكون من النافع للصبي أحياناً صحة طلاق امرأته ، ولهذا يرى شمس الأئمة السرخسى فى أصول الفقه أن طلاقه واقع إن دعت إليه الحاجة ، انظر شرح نور الأنوار ، ج ٢ : ٢٥٨ .

(٤) أجازت المادة الخامسة من قانون المجالس الحسينية الصادر سنة ١٩٤٦ أن يوصى القاصر بإذن من المجلس الحسيني .

وهو يصح برأى الولي وإذنه . ومن هذه العقود البيع والشراء ، والتأجير والاستئجار والزواج ، والمزارعة ، والمساقاة ، والشركات ، ونحوها . هذه التصرفات تنشأ صحيحة من الصبي المميز ، ولكنها تكون موقوفة على إذن الولي وإجازته ؛ فإن ظفرت بها نفذت ، وإلا بطلت^(١) .

٤٥٥ — والسبب في هذا واضح ؛ فالصبي في طور التمييز قبل البلوغ يكون له من العقل والإدراك جانب غير قليل يعرف به ما فيه النفع أو الضرر ، إلا أن ذلك لا يكون كاملاً فيه ، فوجب جبر هذا النقصان برأى وليه وإجازته .

وإباحة إقدامه على هذه العقود والتصرفات وممارستها بصفة عامة ، حتى ما كان منها متردداً بين النفع والضرر ، تغنى بها ضرورة تربيته وتعييده السير في الحياة . إذ فيها مرانة له واختبار لعقله ومداركه ، وبذلك يمكن أن نحكم له أو عليه متى بلغ سن الرشد . وعلى هذا يصح أن نفهم قوله تعالى في سورة النساء : « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم » .

وهنا قد يقال : كيف لا تصح الوصية من الصبي المميز ، دون إجازة وليه ، مع أن فيها ثواباً له في الآخرة ، ولن يحرم مما أوصى به في الدنيا إذ لا تنفذ الوصية إلا بعد الموت ! وعلى هذا يردُّ صاحب التلويح والتوضيح^(٢) بأن في الوصية نفعا للموصى حقاً ؛ ولكن الإرث كذلك فيه نفع أخروي له ، كما فيه نفع دنيوي لو ارثه وهو قريبه ، وصلة القريب أكثر ثواباً وأفضل لدى الله من صلة الموصى له وهو أجنبي عنه ، وفي الوصية إبطال لحق الوارث في المقدار الموصى به من التركة . وفي ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لَأَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » ، وهذا حق لا ريب فيه ، ولكن لعل من الحق ألا نمنعه

(١) أنظر في هذه الأقسام الثلاثة ، ص ٥٩٧ — ٦٠٠ ؛ التلويح والتوضيح ٢٨ : ٧٣٣ — ٧٣٥ ؛ مذكرة الالتزامات في الفروع الإسلامي للشيخ أحمد إبراهيم ، ص ١١٩ — ١٢٤ .
(٢) ٢٨ : ٧٣٥ .

من الوصية إذا كان ورثته ليسوا بحاجة للجزء الذى سيوصى به ؛ فذلك لا يضرهم وفيه مصلحة اجتماعية وصلة لآخرين محتاجين .

على أنه إذا كان الأحناف قد ذهبوا إلى بطلان وصية الصبي المميز مطلقاً ، فقد أجازها الشافعى^(١) وغيره من فقهاء المدينة ، إذا كانت فى وجه من وجوه البر . ولعل هذا رأى ، فضلاً عما قدمناه ، هو ما جعل قانون الوصية الجديد يرى جوازها بإذن من المحكمة الحسبية بعد أن يقدر الظروف والملابسات طبيعاً .

٤٥٦ — وأخيراً ، إذا بلغ الإنسان طور البلوغ ؛ بأن وصل إلى السن التى اعتبرت شرعاً وعادة أمانة على بلوغ الرشد ، أو ظهرت عليه أمارته ، صارت له أهلية أداء كاملة .

والأصل أن كمال هذه الأهلية — لتثبت له وعليه كل الحقوق والواجبات ، ولتعتبر كل عقوده وتصرفاته نافذة شرعاً وقانوناً بلا توقف على إجازة من أحد — هو بالعقل — ولكن جعل الشارع مناطها البلوغ ، بالسن أو العلامات المعتادة المعروفة ، لأنه مظنة العقل ، ولأنه أمر ظاهر لا يخفى ، والأحكام يجب أن ترجع إلى علل وأسباب مضبوطة واضحة .

ولكن إذا بلغ الصبي سن البلوغ ، أو ظهرت عليه فعلاً أماراته ، وظهر منه مع هذا ما يدل على نقص العقل أو اختلاله ، لا يمكن القول بأنه قد ثبت له أهلية الأداء كاملة . فإن هذا الكمال مشروط بأمرين : البلوغ ، والرشد ، لا بد منهما معا ، فإدما لم يتحققا فى الصبي لا يعتبر كامل الأهلية مهما علت به السن ، وإذا لا يسلمه لى أمره ماله ، وهذا ما تنفيده آية سورة النساء التى سبق أن ذكرناها وهى : « وابتلوا البتاني حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم »

(١) نهاية المحتاج ٦ : ٣٤ ؛ الوجيز ج ١ : ٢٦٩ وفيه : « وفى الصبي المميز قولان لتردها (أى الوصية) بين مشابهة القربات والتبليكات » . ٢٦٩ أيضاً .

فهى صريحة فى وجوب اجتماع البلوغ والرشد ، أو بعبارة أخرى ضرورة أن يبلغ المصبي راشداً ؛ ليكون له أهلية كاملة فى كل عقودہ وتصرفاته .

وفى هذا ، جاء فى تفسير القرطبي لهذه الآية : « قال سعيد بن جبیر والشعبي : إن الرجل ليأخذ ببلحيته وما بلغ رشده ، فلا يدفع لليتم ماله وإن كان شيخاً حتى يؤنس منه رشده . وهكذا قال الضحاك : لا يعطى اليتيم ، وإن بلغ مائة سنة ، حتى يُعلم منه إصلاح ماله » . على أن الجصاص^(١) يذهب فى تفسير هذه الآية نفسها إلى ما يفيد مذهب أبى حنيفة ومن معه ، ممن لا يميزون الحبر على الحر البالغ العاقل ، لأن اسم الرشد يقع على العقل وإن كان صاحبه سفياً .

وهذا الرشد ، قد نصيب إذا قررنا بأنه حُسنُ القيام على المال والثروات ، بحسن استغلالها وتديرها ، وهذا ما يختلف باختلاف الأشخاص فى المركز الاجتماعى والبيئة والثقافة .

٤٥٧- أما البلوغ بالسن ، إذا لم تظهر أماراته ، فقد حدده الصحبان وكثير غيرهم من الفقهاء ببلوغ خمس عشرة سنة لذكر والأنثى ، وحدده أبو حنيفة ببلوغ السابعة عشرة للبنات والثامنة عشرة للولد .

لكن الحياة الحديثة التى نعيشها هذه الأيام ، جعلت من الضرورى رفع سن البلوغ إلى تمام إحدى وعشرين سنة ، حسب القانون الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ . وذلك لأن الشبان يكونون غالباً قبل هذه السن فى دور التعليم ، ومن ثمَّ تنقصهم الخبرة العملية بالحياة ، فمن الخير ألا تنتهى الوصاية قبل إتمام السنة الحادية والعشرين . لكن هذا القانون ، رأى متأسياً بحكمة القرآن ، ضرورة التدرج بالقصر واختبارهم ، فأباح لهم (المادة ٢٩ منه) أنواعاً من التصرفات المالية متى بلغوا الثامنة عشرة ؛ من تسلم أموالهم وإدارتها بأنفسهم ، من زراعة الأرض ، وتأجير

(١) أحكام القرآن ، ١ : ٤٨٩ وما بعدها ، طبع الإستانة سنة ١٣٣٥ هـ . و ٢ : ٦٣

ما يملك مدة عام فأقل ، وقبض دخله والتصرف فيه ، وما يلزم لأملاكه من حفظ وصيانة .

على أن هذه التصرفات التي أباحها القانون لمن بلغ الثامنة عشرة من عمره ، لها من المرونة ما يجعلها تتسع لكثير من التصرفات الأخرى التي لا تتم إلا بها ؛ مثل بيع المحصول ، وشراء ما يلزم للزراعة من آلات وبذور وسماد ، واستئجار ما يلزم لها أيضاً من عمال ، وعقد الصلح أحياناً مع المستأجرين أو نحوهم ، ممن يتصل بهم القاصر بحكم إدارة أمواله بنفسه ، إلى غير ذلك كله من العقود والتصرفات المختلفة .

هل أراد واضع القانون هذا كله ؟ لا نظن ، وبخاصة المادة ٢٩ منه توجب على الوصي استئذان المجلس في بعض التصرفات التي تبيحها المادة ٢٩ للوصي دون إذن ! مثل إجراء الصلح وبيع الأوراق المالية أو رهنها ، وليس من المعقول أن يباح للوصي ما لا يباح لوصيه إلا بإذن المجلس ! نعتقد أن الأمر لا يعدو سوء صياغة وعدم تحديد المراد ، مع أن الفكرة في القانون تميل إلى تقييد تصرفات من لم يبلغ الرشد .

عوارض الأهلية

٤٥٨ — أهلية الوجوب ، متى ثبتت كاملة للإنسان بولادته حياً نظل كذلك طول حياته ، فتلازمه في عامة أحواله ؛ في صحته ومرضه ، ويقظته ونومه ، وإفاقته وسكره ، ورشده وسفه ، وصحة عقله وعته وجنونه ، وحرية ورقه ، وهكذا يبقى كامل أهلية الوجوب حتى يتوفاه الله تعالى . وعلى هذا ، ليس صحيحاً ما ذكره صاحب التلويح^(١) من أن الكلام في عوارض الأهلية يشمل أهلية الوجوب وأهلية الأداء معاً .

هذه العوارض لا تصيب إلا أهلية الأداء فقط . ففنها ما يزيها تماماً ، كالنوم والجنون والإغماء ؛ ومنها ما لا يزيلها بالكلية ، بل ينال منها بالنقص ، مثل العته

والرُّقْ، ومنها ما لا يزِيلُها ولا يتقصّها ، ولكن ينال بالتغيير بعض أحكام ما أصيب بها ، لصالحه وصالح المجتمع عامة ، كالسّفَه والذّين والسكر .

ثم منها ، من ناحية أخرى ، ما هو سماوى من الله لا دخل للمرء فيه ، كاختلال العقل بالعتّه أو زواله بالجنون ؛ ومنها ما يصيب المرء بسببه هو ، وهذه حالة السّفَه والسكر والذّين مثلاً ، وهذه هى العوارض المكتسبة ، بجانب الضرب الأول من العوارض السماوية .

٤٥٩ — وهذه العوارض ، سماوية أو مكتسبة ، وسواء كانت تزِيل الأهلية ، أم تنقصها أم تغير بعض أحكام من أصيب بها ، هى الجنون ، والعتّه ، والسكر ، والنوم ، والإغماء ، والسّفَه ، والغفلة ، والذّين ، ومرض الموت .

ولم نذكر منها الصغر والحيض والنفاس والموت ، كما فعل صاحب التلويح ^(١) ، وكما جاء فى مرآة الأصول ^(٢) ؛ لأن الإنسان وهو طفل صغير ليس له أهلية أداء مطلقاً حتى يكون الصغر من عوارضها ؛ ولأن أثر الحيض والنفاس هو فى إسقاط بعض العبادات أو تأخيرها ، ونحن نبحث الآن فى المعاملات ؛ ولأن الموت متى حل أزال الحياة والمرء بالكلية ، ونحن نتكلم عن حكم تصرفات الإنسان الحى متى عرض لأهليته عارض من العوارض . فانتكلم إذاً عن كل من العوارض الأخرى التى ذكرناها قبل .

١- الجنون :

٤٦٠ — الجنون سواء كان أصلياً أم طارئاً ، يزِيل العقل والتمييز جملة بالكلية

ولهذا تزول أهلية من أصيب به فيصير كالطفل ، فتكون كل تصرفاته من قول أو فعل لاغية لا أثر لها . غير أنه قد يكون مُطَبِّقاً دائماً ، وقد يكون متقطعاً ؛ وحينئذ تكون تصرفاته حال وجوده لا قيمة لها ، وتصرفاته حال الإفاقة صحيحة كتصرفات العاقل سواء بسواء .

(١) ٢ : ٧٣٦

(٢) ٢ : ٦٠٠

على أن المجنون مؤاخذ مالياً في أفعاله إذا أتلّف مال إنسان ؛ وذلك « لتحقيق الفعل ، [وهو الإتلاف] حساً ، ولمصمة المحل شرعاً ، والعذر لا ينافيها ، مع أن المقصود هو المال ، وأداؤه يحتمل النيابة »^(١) . وقد تقدم مثل هذا في الصغير الذي لا يعقل ، من وجوب ضمان ما يتلفه مالياً ، دون اعتبار إقراراته وعقوده .
ومن ناحية العبادات ، لا يسقطها الجنون إلا إذا كان ممتداً ، والامتداد فيما يختص بكل عبادة يتقدر بحسبها ؛ ففي الصلاة بالزيادة عن يوم وليلة ، وفي الصوم باستغراق الشهر ، ولو أفاق في بعضه وجب عليه القضاء ، وفي الزكاة بتام الحول عند محمد ، وهو رواية عن الشيخين أيضاً^(٢) .

٤ - السكر :

٤٦١ - هو اختلال العقل ، اختلالاً طبيعياً آناً فاناً ، بحيث يشبه من يصاب به العقلاء أحياناً والمجانين أحياناً . وحكمه حكم الصبي مع العقل ، أى الصبي المميز ، كما يقول صاحب التلويح والتوضيح ، ومن أخذ إحداهما كصاحب مرآة الأصول^(٣) .
وليس من الحق أن نطلق القول هكذا في المعتوه ، فنجعله كالصبي المميز في أحكامه في كل حال ، بل الحق - فيما نرى - أن نجعل الحكم في تصرفاته من ناحية الصحة والبطلان تبعاً لحالته العقلية ومقدار إدراكه ؛ فإن كان في هذا كالصبي المميز ، أخذ حكمه ؛ وإن كان دونه ، كان حكمه حكم الصبي غير المميز .

٥ - السكر^(٤) :

٤٦٢ - هذا العارض يذهب العقل فترة ما من الزمن ، قد تطول أو تقصر ، والمرء وهو سكران لا يعي ما يقول ، ولا يقصد إلى ما يصدر عنه من قول أو فعل .

(١) مرآة الأصول ، ص ٦٠٤ .

(٢) انظر الكتاب نفسه ، ص ٦٠٢ وما بعدها ؛ والتلويح والتوضيح ، ص ٢ : ٧٣٦ وما بعدها .

(٣) التلويح والتوضيح ، ص ٢ : ٧٣٩ ؛ مرآة الأصول ، ص ٦٠٦ . وانظر في تعريف

المعتوه ، وعدم وقوع طلاقه ، إعلام الموقعين لابن القيم ، ص ٤ : ٤٢ .

(٤) تكلمنا بإيجاز فيما سبق عن أثر السكر في التصرفات والآن نتكلم عن ذلك بشيء من التفصيل .

ولأن السكر هكذا، أى يذهب بالعقل والإرادة والقصد، يرى كثير من الفقهاء، على اختلاف مذاهبهم، أنه يزيل الأهلية، فلا تصح معه عقود السكران وأقواله وأفعاله، أى تصير كلها لغواً لا أثر له؛ سواء فى ذلك الالتزامات والمعاوضات، والإسقاطات والإطلاقات والتقييدات، والزواج، وغير هذا كله من التصرفات، وإن كان مؤاخذاً مع هذا بجناياته وما يتلفه من مال، فعليه ضمانه وسواء، أكان السكر من أمر مباح كبعض الأدوية أو البنج، أم من محظور كالخمر. وسواء أكان قد سكر مريداً مختاراً، أم مضطراً مكرهاً.

هؤلاء الفقهاء، نظروا إلى السكر فى نفسه وذاته، فحكموا بإبطال تصرفات من ابتلي به، لذهابه بالعقل — كما قلنا — وما يكون عنه من إرادة وقصد، لما يقول السكران ويفعل.

٤٦٣ — من هؤلاء العلماء، شمس الدين بن القيم، فقد تكلم عن هذا فى تفصيل^(١). فقد ذكر أن الخالف أو المطلق الزائل العقل مجنون، أو إغماء، أو شرب مسكر، يعذر به أو لا يعذر، لا يقع يمينه وطلاقه^(٢). ويرى فى هذا حديثاً عن عثمان رضى الله عنه: ليس للمجنون ولا لسكران طلاق. ويعطى ابن القيم، ومن ذهب مذهبه، هذا بأن السكران لا يعقل، مهما كان السبب، ومهما كانت المادة التى سكر بها، فتصرفاته إذاً لغواً كلها، حتى الإقرارات والبيع والشراء والعقود والهبة والوقف وغيرها.

ويذكر ابن القيم أن من ذهب إلى عدم وقوع طلاق السكران من الأحناف، أبا جعفر الطحاوى وأبا الحسن الكرخى، وأبا يوسف وزفر، كما حكاه صاحب النهاية عنهما؛ ومن الشافعية المزنى وابن شريح وآخرين اتبعوهما، ثم قال: والصحيح أنه لا عبرة بأقواله؛ من طلاق، ولا عتاق، ولا بيع، ولا هبة، ولا وقف، ولا إسلام

(١) إعلام الموقعين، ٤ : ٤٠ — ٤٢ .

(٢) إعلام الموقعين، ٤ : ٤١، ويجرى العمل الآن فى المحاكم الشرعية على أن طلاق السكران، مطلقاً، لا يقع، كما هو معروف .

ولا ردّة ، ولا إقرار ، لبضعة عشر دليلاً ليس هذا موضع ذكرها^(١) . على أنه ذكر من هذه الأدلة قوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ » . وأمر الرسول باستنكاه « ماعز » لما أقر بالزنا بين يديه ، ليعلم أنه سكران فلا يؤاخذ به بإقراره ، أولاً ؛ وعدم أمره حمزة بتجديد إسلامه لما قال في سكره والرسول يخاطبه ويلومه : هل أنتم إلا عبيد لآبائي ! وفتوى عثمان وابن عباس بعدم وقوع طلاق السكران . وإن الحق قياس السكران بمحظور أو بغير عذر على السكران بمباح أو بعذر ، ما دامت بينهما علة واحدة مشتركة تقضى ببطلان تصرفاتهما ، وهي زوال العقل^(٢) .

٤٦٤ — ذلك هو رأى هذه الطائفة من العلماء الأعلام . أما جمهرة الفقهاء فلا تنظر إلى السكر نظرة هؤلاء ، أى إليه في ذاته باعتباره مزيلاً للعقل مناط التكليف وعلة اعتبار التصرفات وجعلها أسباباً لأحكامها وآثارها . إنهم ينظرون لا إلى السكر في نفسه ، بل إلى سببه وإلى وقوعه بالرضا أو الإكراه .

ومن أجل هذا ، يرون أن السكر إن كان بالرضا وبأمر مباح ، كالبنج والدواء كانت التصرفات التي تصدر عن السكران في هذه الحالة لا قيمة لها فهي لغو لا أثر لها ، وكذلك الأمر إن كان السكر قد حدث بإكراه ملجئ ، لأن السكران معذور في هذه الحالات كلها .

أما إن حدث السكر بإرادة الإنسان وقصده ، وبمادة محرمة محظورة ، كالخمر وما يجري مجراها ، لم يكن السكران معذوراً ، وإذا فكل تصرفاته من قول أو فعل صحيحة نافذة ، عقاباً وزجراً له ولأمثاله ؛ سواء في ذلك الزواج والطلاق ، والبيع والشراء ، والإجارة والاستئجار ، والرهن والكفالة ونحوها ، إلى غير هذا كله من ضروب العقود والالتزامات .

(١) إعلام الموقعين ، ٤ : ٤١ .

(٢) إعلام الموقعين ، ٤ : ٤١ — ٤٢ .

٤٦٥ - نجد هذا الرأي مبثوثاً في تضاعيف كتب الفقه عند الكلام على العقود المختلفة ، والزواج والطلاق ، وفي باب الأثرية . وفيه جاء في شرح المصنف على المنار ، في شرح أصول فخر الإسلام : « والأصل أن القدرة إذا عدت بآفة سماوية ، كالجنون والعته ، لم يبق مخاطباً ؛ إذ لو بقي مخاطباً لكان تكليفاً بما ليس في الوسع ، وهو مردود بالنص . وإن عدت بمعنى من جهة العبد ، بقي مخاطباً ؛ لأن القدرة ليست بشرط ، ولكنها جعلت باقية تقديراً ؛ زجراً وتنكيلاً ، فإذا كان سبب السكر معصية لم يعد عذراً ، فلزمه أحكام الشرع ، ولم يوضع عنه الخطاب ، وكذا إذا كان مباحاً مقيداً بشرط ألا يسكر منه وهو ما يُتَلَهَّى به في الأصل . وإذا كان مباحاً مطلقاً ، جعل عذراً لقوت القدرة^(١) .

هذا الرأي ، كما رأينا لا ينظر إلا إلى سبب السكر ، ووجوب التنكيل بالسكران إن كان سكره بمعصية ؛ ليكون ذلك زاجراً لغيره أيضاً .

٤٦٦ - ولكننا نرى أن : « الزجر والتنكيل » يحصلان بتوقيع الحد الشرعي على السكران ، فهو العقاب الوحيد الذي رتبته الشارع الحكيم على هذه الجريمة . ومن المقرر شرعاً وقانوناً أن الجريمة الواحدة لا يجوز أن يكون عليها عقوبتان ؛ فالعقوبة يجب ألا نصيب غير المجرم ، وتصرفات السكران تتعدى آثارها لغيره إلى حد كبير إذا باع أو اشترى أو التزم أي التزام . فليس لنا إذاً أن نبطل هذه التصرفات ، فيكون هذا سبباً في اضطراب المعاملات بين الناس ، مادامنا نستطيع أن نعاقب السكران وحده بتوقيع الحد الشرعي عليه^(٢) .

لهذا كله ، نميل إلى الأخذ بالرأي الأول ، نفي رأى ابن القيم وإمثاله ، بالنظر إلى السكر في ذاته وإذهابه للعقل مناط صحة التصرفات جميعها ، فلا يبطل شيئاً منها . وإن كنا نؤاخذ مالياً بما يقع منه من إتلاف لمال الغير ، فنوجب عليه ضمانه ؛

(١) ٢٨ : ٢٩١ - ٢٩٢

(٢) وانظر مختصر الطحاوي ص ٢٨٠ ، فقيه أن كل تصرفات السكران نافذة .

وبجناياته ، كما إذا قتل أو زنى مثلاً وهو سكران ، وثبت هذا وذاك بالبينة لا بالإقرار فنقتص منه ونقيم عليه الحد إذا زايه السكر وعاد إلى العقل .

٤ - النوم :

٤٦٧ — هذا العارض ، وهو أمر طبيعي يعترى الإنسان في فترة غير قليلة من حياته ، لا يزيل العقل وإن كان يمنعه عن العمل ؛ كما أنه لا يزيل الحواس الظاهرة ، ولكن يمنعها أيضاً عن العمل . ومادام جواز التصرفات ونفاذها وترتب أحكامها وآثارها عليها موقوفاً على العقل وقصد المرء إليها ؛ كان لابد شرعاً وقانوناً من عدم اعتبار أى تصرف أو التزام يصدر عن النائم ، فكل ذلك ملغى لا أثر له ، أى تزول الأهلية مؤقتاً بسببه . فلو فرضنا أن نائماً تلفظ بما يفيد عقد بيع ، أو شراء ، أو عتق ، أو زواج ، أو طلاق ، أو غير ذلك كله من العقود والتصرفات التي يشترط فيها القصد والاختيار ، كان كله باطلاً لا قيمة ولا أثر له^(١) .

هذا في المعاملات . أما العبادات ، فما وجب منها حال النوم يستمر واجباً لا يسقط ، ولكن يتأخر وجوب أدائه حتى يستقيظ من النوم ويعود الأداء ممكناً . ولذلك ، نرى الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « من نام عن صلاة ، أو نسيها ، فليصلها إذا ذكرها » ، فإن هذا معناه أن الوجوب نفسه لم يسقط ، ولكن الأداء هو الذي تأخر إلى حين الإفاقة من النوم أو الذكر بعد النسيان ، وإلا لما أمر الرسول بقضائها . وفي لفظ « عن » ، كما يذكر صاحب التلويح^(٢) ، إشارة إلى وجوب الصلاة حال النوم ، وإلا لما كان نائماً عنها .

٥ - الغفلة :

٤٦٨ — هو فتور غير طبيعي ، وبهذا فارق النوم ، لأنه حالة طبيعية للإنسان ، يعجز به الإنسان عن استعمال عقله وسائر قواه . وهو ، وإن كان أندر عروضاً للمرء من

(١) التلويح والتوضيح ، ٢ : ٧٤١ ؛ مرآة الأصول ، ٦٠٩ .

(٢) ٢ : ٧٤١ .

النوم إلا أنه أقوى منه ؛ في تفويته القدرة على الانتفاع بأية قوة من قواه ، وفي أنه ربما لا يفارق من يصاب به إذا أريد تنبيهه ، بخلاف النوم فإن التنبيه منه سهل ميسور .
لذلك ، يكون المغمى عليه طول إغمائه مثل النائم حال نومه ، سواء بسواء ،
في العقود والالتزامات وسائر التصرفات ، إذ لا يتصور من المغمى عليه أن يقصد شيئاً
منها ويريده^(١) .

٦- السفه :

٤٦٩ - هذا من العوارض المكتسبة ، فإنه عدم تدبير المال على الوجه الذي
ينبغي ، وإنفاقه على خلاف العقل والحكمة . والسفيه ، أهلية الأداء عنده كاملة ،
فالسفه لا يؤثر فيها ، لأن السفيه يعمل على خلاف مقتضى العقل مكابرة ، على اختيار
منه ، برغم ما يقدم له من نصح .

والكلام هنا في حالتين : من بلغ سفيهاً ، ومن صار سفيهاً بعد بلوغه راشداً .
٤٧٠ - ١) من بلغ سفيهاً ، لا خلاف بين العلماء في منع ماله عنه وإبقائه
تحت وايه ، لقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً
وارزقوهم فيها »^(٢) . وهذا المنع يستمر أبداً عند الصاحبين ؛ لأن الله نفسه علق تسليم
أمثالهم أموالهم بظهور الرشد منهم ، كما جاء في الآية التي تليها ؛ وعند الإمام يستمر
المنع حتى يبلغوا سن الرشد وهو خمس وعشرون سنة ، إقامة لسبب الرشد ظاهراً

(١) ويرجع في أحكام النائم والمجنون والمغمى عليه إلى الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ١٣٨ وما بعدها ؛ وفي السكران ، ص ١٤٠ وما بعدها . والنسيان ليس من عوارض الأهلية عند الأحناف ولهذا لم تذكره هنا ، ولكن نشير إلى أن السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر (ص ١٢٤ وما بعدها) تناول الكلام عن الناسي والجاهل والسكران ، إلا أن أكثر ما ذكره عن الأحكام فيما يخص هؤلاء الثلاثة هو في مسائل الحلف بالله والطلاق .

وكذلك فعل ابن القيم ، إعلام الموقعين ٤ : ٧٠ وما بعدها ، و ٧٩ وما بعدها ، حيث تعرض لمثل هذا في مسائل الأيمان والطلاق أيضاً .

(٢) النساء مدنية ٤ : ٥

مقام نفسه حقيقة ، وبعد هذه السن يدفع لمن بلغ سفيهاً ماله « أونس منه الرشد أولم يؤنس »^(١) .

وفي هذه الفترة من حياة من بلغ سفيهاً ، أعنى فترة منع ماله عنه ، مع الاختلاف في تحديد نهايته بين الإمام وصاحبيه على ما بينا ، لا تنفذ تصرفاته إلا ما كان نفعاً محضاً له ، عند أكثر العلماء وعلى الرواية الراجحة عند الإمام أيضاً . وفي رواية أخرى عنه : أن تصرفاته صحيحة مثل العقلاء تماماً لسكال أهليته عنده ، ويكفى منع ماله عنه تأديباً ونظراً لصالحه .

(٤٧١ — ب) أما من بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً ، فإن الإمام لا يجيز الحجر عليه مطلقاً ، أى في العقود والتصرفات التي تحتل الفسخ ويبطلها الهزل ، وفي غيرها أيضاً . ويرى صاحبان جواز الحجر عليه في كل عقد أو تصرف يقبل الفسخ ويبطله الهزل ، كالبيع والإجارة والتبرعات .

وقد نظر أبو حنيفة في رأيه إلى أن أهلية السفيه كاملة متى كان قد بلغ عاقلاً ، إلا أنه لا يسير حسب العقل مكابرة منه ؛ ثم هو حُرٌّ في تصرفاته في الأصل ، والحجر ينافي الحرية ، وفيه إهدار لإنسانيته ، وهي أجل خطراً من المال الذي يراد حفظه بالحجر عليه ؛ وبخاصة ، وقد صدر التصرف من أهله مضافاً إلى محله ، فلا يمنع صحته ونفاذه . وفضلاً عن هذا وذاك ، فكل ما نخشاه من عدم الحجر على السفيه هو ضياع ماله أو جزء منه بلا سبب موجب إلى غيره . ونقول : وما ضرر هذا ؟ إنه بهذا تذهب الأموال إلى من يحسن القيام عليها ، بدل أن تظل دائماً وقفاً على ملاكها الذين لا يحسنون تديرها ، وفي هذا خير للجماعة بعامه^(٢) .

(١) التلويح ، ٢ : ٧٨١ ؛ مرآة الأصول ، ص ٦٥٤ . وانظر مختصر الطحاوى أيضاً ص ٩٧ — ٩٨ في الخلاف بين الإمام وصاحبيه في مسائل الحجر على السفيه أو عدم الحجر عليه ، وأمد ذلك .

(٢) أجازت المادة الخامسة من قانون الوصية الصادر سنة ١٩٤٦ للمعجور عليه لسفه أو غفلة أن يوصى كما يشاء بإذن المجلس الحسي .

أما الصاحبان ، فقد نظرا إلى مصلحة السفينة نفسه وحدها ، هذه للمصلحة التي
توجب أن يكون غيره قوَّاماً عليه ، محافظة على ماله من الضياع ، ولئلا يكون بعد
هذا إن أفلس عيالا على المسلمين ، مستحقاً للنفقة في بيت المال . وقد استدلا أيضاً
بآية النساء السابق ذكرها : « وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ » فما دامت علة منع المال
عنه ، وهي السفه ، موجودة ، فلا يُسَلَّمُ إليه ماله ، وليس هذا إلا الحجر ، نظراً له
والمسلمين بعامة .

٤٧٢ — وإذا كان من بلغ رشيداً ثم صار سفياً يحجر عليه عند الصاحبين ،
فهل ينحجر عليه بالسفه متى ثبت عليه ، أم نحتاج إلى قضاء القاضي بذلك ؟
قال بالأول الإمام محمد بن الحسن ، فكل تصرف صدر منه بعد ثبوت السفه
عليه يكون باطلاً ، ولو لم يصدر عليه حكم القضاء بالحجر للسفه ، فإن العلة متى وجدت
يجب أن يوجد معها معلولها ، بلا توقف على شيء آخر . والأمر في هذا كالمعتوه ،
فإنه يعتبر محجوراً عليه متى تحقق عنده ، دون حاجة للقضاء بذلك .

وقال أبو يوسف ، وهو الذي كان قاضي القضاء في دولة بني العباس ، إنه لا بد
من قضاء القاضي بالحجر ، وكل تصرف كان قبل الحكم من القضاء بالحجر يكون
صحیحاً ؛ وهذا حتى لا يضارَّ مَنْ تعامل مع السفه عن غير بينة وتحقق من حاله ،
أولاً أنه يرى عدم الحجر على السفه . وبخاصة ، وفي الحجر عليه أو عدمه خلاف
كبير بين الفقهاء كما رأينا ، فحسبنا للاختلاف يجب أن يحكم القضاء به حتى يكون فيه
ترجيح لأحد الرأيين ، وليكون الكل على بينة من أمره ، فلا يتعاملوا معه^(١) .
وأبو جعفر الطحاوي ، وهو من المجتهدين في المذهب الحنفي ، يأخذ بقول محمد
في هذه المسألة ، بل يقول : « وقول محمد في هذا الباب كله أحب إلينا من قول
مخالفه فيه »^(٢) .

(١) انظر التلويح والتوضيح ، ٢ : ٧٨٣ — ٧٨٤ ، ٣ مختصر الطحاوي ، ص ٩٨

(٢) انظر تفسير الجصاص في الموضع السابق ، ١ : ٤٨٩ وما بعدها .

٧ - الفقرة :

٤٧٣ — ويلحق ذو الغفلة بالسفيه ، من ناحية الحجر عليه ، عند الصاحبين ومالك والشافعي وابن حنبل^(١) ، وعدم الحجر عليه عند أبي حنيفة ما دام لا يرى الحجر على السفيه .

وذو الغفلة هو من يخدع بسهولة فيغيب في معاملاته ، إذ لا يهتدى إلى أسباب الربح والخسارة كما يهتدى غيره ، وذلك يكون أمراً طبيعياً في أهله ، في حين أن سوء تصرف السفيه يرجع إلى سوء اختيار ، لا إلى ضعف في عقله وإدراكه للخير والشر^(٢) .

٨ - الدين :

٤٧٤ — يجرى ، في هذا النوع من العوارض ، الخلاف الذي يجرى في السفه فأبو حنيفة ، حسب أصله ، يرى عدم الحجر على المدين بحال ما هما كان دينه مستغرقاً لما يملك ، محافظة على حرите في التصرف وإنسانيته ، مادامت أهليته كاملة له بالعقل ، أما الدين فأمر عارض لا يزيلها ولا ينال منها مطلقاً .

ويرى أبو يوسف ومحمد الحجر عليه بقضاء القاضي متى كان دينه قد استغرق ماله ، وطلب غرماؤه الحجر عليه ، وحينئذ يبيع ماله إن امتنع من بيعه ، ويقسم ثمنه بين الدائنين بالحصص . وعند الإمام يحبس لبيع ماله في دينه^(٣) .

~~لا يبيع الحجر عليه ماله في دينه~~

(١) للشافعي ؛ نهاية المحتاج ٣ : ٣٤٨ - ٣٤٩ ، وفي ص ٣٤٦ تفسير الرشيد بأنه صلاح الدين والمال لأنه نكرة في سياق الشرط فتكون للعموم . وانظر عند الحنابلة ، كشاف القناع ٢ : ٢٢٦ وعند المالكية ، انظر الشرح الصغير ٢ : ١٥٦ - ١٥٧ .

(٢) ارجع إلى تفسير القرطبي الآية : « وإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعفاً أو لا يستطيع أن يعمل هو ، فليقبل عليه بالعدل » . من سورة البقرة ؛ فقه بيان لذي الغفلة ، وأن ابن حنبل قال بالحجر عليه وهو مذهب مالك على الصحيح .

(٣) الزيلعي ٥ : ١٩٩

ويرى الإمام مالك أنه يحجر على المدين رعاية لحق دائنيه ، دون حاجة لحكم القضاء بالحجر ، حتى إذا تصرف تصرفاً يضر بهم مالياً ، كان لهم حق إبطاله .

وفي مذهب ابن حنبل قولان ؛ أحدهما الذي رآه مالك ، وقد اختاره ابن تيمية وابن القيم ؛ والآخر نفاذ تصرفاته قبل الحجر عليه فعلاً^(١) .

٤٧٥ - ويذكر ابن القيم في هذا ما نصه : « إذا استغرقت الديون ماله لم يصح تبرعه بما يضر أرباب الديون ، سواء حَجَرَ عليه الحاكم أو لم يحجر عليه ، هذا مذهب مالك ، واختاره شيخنا [يزيد ابن تيمية] . وعند الثلاثة ، يصح تصرفه في ماله قبل الحجر بأنواع التصرف . والصحيح هو القول الأول ، وهو الذي لا يليق بأصول المذهب غيره ، بل هو مُقتَضَى أصول الشرع وقواعده . لأن حق الغرماء قد تعلق بماله ، ولهذا يحجر عليه الحاكم ، ولولا تعلق حق الغرماء بماله لم يسمع الحاكم الحجر عليه . فصار كالمريض مرض الموت ، لما تعلق حق الورثة بماله منعه الشارع من التبرع بما زاد عن الثلث ، فإن في تمكينه من التبرع بماله إبطال حق الورثة منه . وفي تمكين هذا المذَّيان من التبرع إبطال حقوق الغرماء ، والشريعة لا تأتى بمثل هذا ، فإنها إنما جاءت بحفظ حقوق أرباب الحقوق بكل طريق ، وسدُّ الطرق المفضية إلى إضاعتها

وسمعت شيخ الإسلام ابن تيمية ، رحمه الله ، يحكى عن بعض علماء عصره من أصحاب أحمد أنه كان ينكر هذا المذهب ويضعفه ؛ قال إلى أن بُنيَ بغريم تبرع قبل الحجر عليه ، فقال والله مذهب مالك هو الحق في هذه المسألة ! . . .

وتبويب البخارى وترجمته واستدلالة يدل على اختياره هذا المذهب ، فإنه قال في باب من رد أمر السفیه والضعيف وإن لم يكن حَجَرَ عليه الإمام وقال مالك إذا كان لرجل على رجل مال ، وله عبد لا شيء له غيره فأعتقه ،

(١) راجع قواعد ابن رجب ، ص ١٤ القاعدة الحادية عشرة .

لم يجز عتقه . ثم ذكر حديث من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدائها الله عنه ، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله .

وهذا الذي حكاه عن مالك هو في كتب أصحابه . وقال ابن الجلاب : ولا تجوز هبة المفلس ، ولا عتقه ولا صدقته ، إلا بإذن غرمائه ، وكذلك المديان الذي لم يفسده غرماؤه في عتقه وهبته وصدقته ، وهذا القول هو الذي لا نختار غيره ^(١) .

وعلى كل ، فمضى وقع الحجر على المدين ، عند من يراه ، كانت تصرفاته المالية ، لأنها وحدها التي تضر بالدائنين ، باطلة ، إلا إذا أجازوها فتنفذ حينئذ . ومن أجل ذلك ، إذا تبرع ، ولو في صورة بيع بالمحاباة ، أو وهب شيئاً من المال ، كان العقد موقوفه صحته ونفاذه على الدائنين ؛ إلا إذا أبرأ أحدهم من دينه ، وكان يساوى على الأقل هذا التبرع أو القدر الموهوب ، فتصبح الهبة أو التبرع حينئذ ، لأنه صار له هذا القدر فارغاً من الدين .

٩- مرض الموت :

ما تعريف مرض الموت أولاً ؟ وما هي الحقوق التي تتعلق بالمرضى به ثانياً ؟

ثم ، بعد هذا وذاك ، ما حكم تصرفات من هذا حاله ثالثاً ؟

٤٧٦- (أولاً) للفقهاء في تعريف مرض الموت أقوال كثيرة ليس من الضروري

التعرض لها كلها ، ولكن نستطيع أن نستخلص منها أن هذا المرض يجب أن يتوافر فيه أمران : غلبة الهلاك عادة منه ؛ وحدث الموت فعلاً متصلاً به ، ولو لم يكن منه

بل من حادث آخر كقتل مهماً كان سببه أو غرق أو حريق .

هذان الأمران إذا اجتمعا في شخص ، يتبين أنه حقاً كان مريضاً بمرض موت وإلا ، بأن انتهى أحدهما ، يظهر أنه لم يكن بذلك ، وحينئذ تكون كل عقود والتزاماته وتصرفاته صحيحة نافذة ، متى استوفت شروطها القانونية ، شأنه في ذلك الصحيح غير المريض مطلقاً سواء بسواء .

٤٧٧ — لا عبرة إذا بما يراه بعض الفقهاء بأن أمارات مرض الموت ألا يقدر صاحبه على الصلاة قائماً ، أو لا يستطيع المشى بضع خطوات إلا مستعيناً بغيره ، أو يكون صاحب فراش فلا يقضى حاجاته داخل داره كما يفعل الصحيح الجسم ، إلى أمثال هذه الآراء والأقوال التي ذخرت بها كتب الفقه الإسلامى .

نقول لا عبرة بهذه الأمارات والأوصاف ، بل المقياس هو أن يكون الشخص فى حالة يغلب فيها الموت منها ، وبحيث يتوقعه هو نفسه ، ولهذا يتصرف تصرفات خاصة ، خوفاً من الموت الذى يتربح حوله به . ولذلك ، يكون من الواجب شرعاً وقانوناً الحد من تصرفاته ؛ حتى لا تؤدى لحرمان بعض الورثة أو إضرارهم ، أو لفرار من دأئيه .

٤٧٨ — ومن ثم ، نجد القضاء قد لاحظ هذا المعنى ، وظهر هذا فى كثير من أحكامه . ومن هذه الأحكام ، الحكم الذى أصدرته محكمة مصر الاستئنافية فى ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ ، فقد جاء فيه : « ومن حيث إن هذه الحالة النفسية ، وما اعتري إبراهيم بك من الانزعاج بسبب اشتداد الحالة المرضية عليه فى أكتوبر سنة ١٩١٠ ، وما زالت تشتد حتى وفاته فى ١٧ فبراير سنة ١٩٢١ ، هى تلك الحالة التى جعلته يتجرد وهو فى سن الأربعين من النضج الحقيقى جسماً وعقلاً وإدراكاً وإحساساً ، من كل ما يملك أطيافاً ومنقولات وديوناً ، وهو أكبر مظهر من مظاهر اليأس من الحياة والقنوط منها ، حيث اعتقد أنه لا بد مائت مما نزل به ، من اشتداد المرض وخطورة الحالة . وهذا التصرف فى ذاته والخروج به عن كل ما يملكه ، أكبر دليل يقطع فى التدليل على مرض الموت ، ويستحيل أن يصدر مثل هذا التصرف ويتجرد الإنسان كل التجرد مما يملك ، إذا كان فى حالة اعتيادية وفى حالة مرض بسيط . ولكن ، إذا اشتدت به وطأة المرض ، وشعر بديب الهلاك إلى جسمه تولاه عندئذ اليأس ، وخرج عن الحياة بما تمليه عليه رغباته وهى متأثرة بمؤثرات مختلفة يرجع بعضها للمرض ، وبعضها الآخر لمن حوله . »

وشبية بهذا الحكم حكم آخر ، استئناف مصر ٦ مايو سنة ١٩٣١ ، جاء في أسبابه : « حيث إن أحمد افندى . . كان موظفاً ، وكان في ريعان شبابه ، وله أمل في الحياة والرقى ؛ فشخص هذه حالته ، لا يمكن أن يجرد نفسه مما ملكت يده إلا إذا كان يشعر بدنو أجله ، فأراد أن يؤثر بنته على باقي ورثته . . . » (١) .

٤٧٩ — ولأجل ذلك ، أى لأن المهم في اعتبار هذا المرض مرض موت ، هو غلبة الظن بأن الموت يحدث عنه ، ألحق الفقهاء به حالات مختلفة عديدة ليس فيها مرض مطلقاً ، مثل :

- (أ) ركاب سفينة جاءتها ريح عاصف ، وظنوا أن الموت نازل بهم .
- (ب) الأسرى لدى دولة اعتادت قتل من يقع أسيراً بين يديها .
- (ج) حالة أمثال الشهيد الضابط الطيار أحمد عصمت ، حين ذهب إلى القنال بائعاً نفسه في سبيل الله والوطن ، مصمماً على الاصطدام بعدور هيب متوحش كامل العدد والعدة متعطش لدماء المصريين .
- (د) من قدم للقتل قصاصاً منه ، بلأرجاء منه في العفو .

هذا ، وقد راعت المجلة العدلية في تعريف مرض الموت ما نصت عليه المادة ١٥٩٥ منها ، وهذانصها : « مرض الموت هو الذي يخاف فيه الموت في الأكثر ، الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ، ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، صاحب فراش كان أو لم يكن . وإن امتد مرضه دائماً على حال ومضى عليه سنة ، يكون في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ، ومات قبل مضي سنة ، تعد حاله اعتباراً من وقت التغيير إلى وقت الوفاة مرض موت » .

(١) يراجع مع هذا ، بحث المريض مرض الموت للأستاذ كامل مرسى ، العدد الثالث من السنة الثامنة من مجلة القانون والاقتصاد . من ص ٢٧١ — ٢٨٨

هكذا تشترط هذه المادة في مرض الموت أن يمنع المصاب به عن قضاء مصالحه ، وأن يموت منه قبل مضي سنة عليه مريضاً به ؛ مع أن الأمر قد يكون على العكس من هذين الشرطين ، ويكون المرض مرض موت أيضاً ، كما رأينا بوضوح في الحكم الأول الذي ذكرناه من أحكام محكمة مصر الاستئنافية . لقد صدر هذا الحكم في حادث شخص أحس بمرضه الذي يتزايد فأيقن أنه هالك منه ، ومع هذا لم يمت إلا بعد عشر سنوات أو أكثر من اشتداد المرض عليه ، ولم يمنعه هذا المرض مع ذلك من القيام بمصالحه .

ولعل الحق في القطع في أن هذا المرض مرض موت أو لا ، أن نرجع إلى الأطباء أهل الخبرة ، بعد الاستئناس بالأمارات والشواهد التي يكون عليها المريض ، فالطب يجب أن يكون له في هذا الكلمة الأولى^(١) .

٤٨٠ — ثانياً المرء وهو صحيح حر في ماله ينفقه كيف شاء ، ويلتزم ما يريد إذ لا يتعلق بما يملك حق لغيره ، إلا إذا كان مديناً ديناً مستغرقاً ، كما رأينا فيما تقدم . ولكن مرض الموت وإن كان لا ينقص أهلية الأداء الكاملة لمن أصيب به ، إذا لم يقم به عارض آخر ينال منها كالعته والجنون والسفه ، يعجز المريض عن السعى لتنمية ثروته كما كان وهو صحيح ؛ وحينئذ يظهر تعلق حقوق الدائنين بماله ، بعد أن كانت متعلقة بذمته فقط ؛ وحينئذ ، أيضاً ، يظهر حق الورثة متعلقاً بما يملك ، ومآله أن يكون تركته لم يعد قضاء الحقوق الأخرى ، وأولها حقوق الغرماء .

٤٨١ — إلا أن المريض ، مع ذلك كله ، هو المالك وحده حال حياته لما يملك وهو في هذا الحال محتاج إلى النفقة والعلاج والدواء ومساثر مطالب الحياة ، ومن الطبيعي أن تقدم هذه الحاجات الطبيعية الضرورية للمريض على أي حق آخر لغيره .

(١) يرجع في تعريف مرض الموت إلى كتب الفقه ، أمثال ابن عابدين ٢٨ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ — الزيلعي ٢٨ ، الفتح ٣٨ ، ص ١٥٥ ، المغني لابن قدامة ٦٨ ؛ وإلى بحث الأستاذ كامل مرسي مجلة القانون والاقتصاد المشار إليه سابقاً وإلى مذكرة الالتزامات في الشرع الاسلامي للشيخ أحمد إبراهيم ، ص ١٤٧ وما بعدها .

من أجل هذا كله ، نرى أن مال المريض بهذا المرض يتعلق به قضاء مصالحه قبل كل شيء ، ثم حق الغرماء ، ثم حق الورثة .

أما حقوق المريض في ماله وهو مريض ، فالأمر فيها واضح ، إذ له أن ينفق على نفسه ما يرى كلما تجددت الحاجات والأحوال . لكن حقوق الغرماء والورثة ترجع إلى ما قبل الموت أى حين ظهور المرض الذى كان سبباً للموت وأدى إليه فعلاً ، أى يكون لها أثر رجعى كما يعبر القانونيون المحدثون ؛ وذلك ، لأنه ظهر بالموت أن ذلك المرض كان سبباً حقيقياً له ، والأمور تستند دائماً إلى أسبابها^(١) ، وهذه النظرة سيكون لها أثرها في إلغاء بعض تصرفات المريض أو وقفها على إجازة الغرماء والورثة .

٤٨٢ — لكن هناك فرقاً بين حق الغرماء وحق الورثة ، وإن رجع كل منهما إلى بدء نزول مرض الموت بالمورث المدين هذا الفرق هو أن حقوق الدائنين تتعلق بمال المدين فقط ، لا بأعيان التركة نفسها ، حتى جاز للمريض أن يستبدل ببعضها أو يبيعه أو يشتريه بمثل قيمته دون حاجة لإذن الدائن ، وحتى يكون للورثة أن يعطوا الدائن دينه نقداً ثم يتصرفوا هم كما يشاءون بأعيان التركة .

في حين أن حق الورثة يتعلق ، عند أبي حنيفة ، بالتركة معنى وصورة ، أى بقيمتها المالية وأعيانها وذاتها نفسها . وإن كان أمر الورثة عند الصاحبين كأمر الغرماء ، أى لا يتعلق حقهم بالتركة نفسها ممثلة في أعيانها ، بل التركة مقومة مالا .

وكان من اختلاف النظر ، بين الإمام وصاحبيه فيما يتصل بالورثة ، أنه لم يجوز أن يبيع المريض لبعض الورثة شيئاً من أعيان التركة ولو بقيمته بلا أى غبن ؛ لأن هذا يكون إثارة منه له بما يبيعه منه ، وفيه ضرر بباقي الورثة الذين تعاق حقهم بأعيان التركة وصورتها التى هى عليها . ولكن الصاحبين يميزان هذا ، إذ ليس فيه

(١) انظر التلويح والتوضيح ، ٢٠ : ٧٥٤ — ٧٥٦ ؛ مراة الأصول ، ص ٦٢٢ — ٦٢٣

أي ضرر بالباقيين من الورثة ، مادامت حقوقهم في التركة ليست إلا من ناحية أنها مال فحسب .

٤٧٣ - ثالثاً هذه حالة الحقوق التي تتعلق بمال المريض وهو حي ؛ حقه

هو نفسه في قضاء حاجاته ، وحق الدائنين له ، وحق ورثته - هذه الحقوق - ما أثرها في عقودهم والتزاماتهم وسائر تصرفاته ؟

(ا) من ناحية حقوقه هو ، له أن ينفق على نفسه كل ما يحتاج له ، وفي ذلك طبعاً نفقات العلاج من أجر الطبيب وثمان الدواء ، وعلى من يجب عليه نفقته بالمعروف ، وفي هذه السبيل تنفذ عقودهم وتصرفاتهم جميعاً حتى البيع ، وليس للورثة أو الغرماء حق الاعتراض في شيء . ولكنه إذا تبرع بشيء في صورة البيع أو الشراء بطريق المحاباة ، كان هذا نافذاً إذا كانت قيمة ما زاده - محاباة في البيع أو الشراء عن ثمن المثل - يفضل عن الديون ويخرج من ثلث التركة بعد أداء هذه الديون ، وإلا كان الزائد موقوفاً على إجازة الورثة .

وله حق إجازة ما يشاء من أعيان ماله ، وحق الإعارة ، فليس للغرماء أو الورثة الاعتراض على ذلك ، لأن حقوقهم تتعلق بأصل المال لا بمنافعه . ومن ناحية أخرى ، من المقرر عند الأحناف أن كل عقد على المنفعة يبطل بموت أحد طرفيه ، فبموت المريض من مرضه ^{يبيد} تبطل هذه العقود من نفسها ، وإذا فلا يلحق الدائنين والورثة أي ضرر من إجازتها ونفاذها حال حياته .

ومثل الإجازة والإعارة ، كل العقود والتصرفات التي تنس حقوق الآخرين بشيء ، أي تعتبر صحيحة نافذة كما في حالة الصحة ؛ وذلك مثل المزارعة ، والمساقاة ، والشركة ، ولو كان فيها غبن فاحش على المريض لأن هذه العقود كلها تبطل بالموت ولأن أصل المال هو الذي يتعلق به حق الدائن والوارث ، أما المنفعة فالمريض أن يتصرف فيها كما يريد لمن يريد .

وفي شركة المضاربة ، جاء في جامع الفصولين^(١) أن المريض لو دفع ألفاً إلى من يضارب بها بشرط قسمة الربح مناصفةً ، وكان أجر العامل أقل من نصف الربح ، وعلى المريض دين محيط بالشركة ؛ فللمضارب نصف الربح يأخذه قبل أداء الدين ، ويعتبر ما يزيد من الربح عن أجر مثله تبرعاً من المريض له ، إذ للمريض التبرع بمنافع ماله ، ما دام حق الغرماء والورثة لا يتعلق إلا بأصل المال دون منافعه .

وله أيضاً أن يتزوج ، ولكن على ألا يزيد المهر عن مهر المثل ، وإلا كانت الزيادة تبرعاً منه للزوجة فتأخذ حكم التبرع ، حتى إذا مات عن هذه الزوجة كان حكم الزيادة حكم الوصية لو ارث .

٤٨٤ — (ب) أما الدائنون ، فتحجب حقوقهم بعد حق حاجات المريض نفسه ، وتعلق بأصل التركة دون منافعها . ومن ثم ، لم يكن للمريض — إذا كان الدين مستغرقاً لما يملك — أن يهب أو يقف أو يوصي بشيء منها ، أو يبيع أو يشتري بغيره ولو كان يسيراً ، متى كان ذلك يضر بالدائنين ؛ فإن فعل شيئاً من هذه التصرفات ونحوها وقعت صحيحة نافذة في الحال ؛ إذا صدر التصرف من أهله مضافاً إلى محله . وبعد الموت ، يكون لمن تضره أن يبطلها أو يجبرها ، وحينئذ تعتبر صحيحة . من وقت صدورها عن المريض^(٢) .

أما إذا كان التصرف لا يقبل الإبطال والفسخ ، مثل العتق ، فإنه يبقى غير نافذ طول حياته ، وبعد الموت يُعتق العبد ، ولكن عليه أن يسعى في قيمته للدائنين إن كانت التركة مدينة بما يحيط بها . فإن لم يكن على التركة دين ، يُعتق العبد سعيه إن كانت قيمته لا تزيد عن ثلث التركة ، وإلا سعى للورثة في القدر الزائد من قيمته عن الثلث ، معاملةً له معاملة الموصى له^(٣) .

وللمريض مرض الموت أن يوصي إلى قدر الثلث من تركته ، ولكن إذا مات

(١) الجزء الثاني في يوع المريض مرض الموت ، ص ١٨٠ .

(٢، ٣) انظر التلويح والتوضيح ، ص ٧٠٥ : ٧٠٠ ؛ مرآة الأصول ، ص ٦٢٣ — ٦٢٤ .

مدينة بدين مستغرق لها بطلت الوصية ، إلا إذا أجازها الغرماء فيعتبر ذلك منهم إبراء للدين من جزء من الدين بقدر الموصى به . وإن لم يكن مدينة ، جازت الوصية إن كانت لأجنبي غير وارث وكانت لا تزيد عن الثلث ، وإلا بطلت في مقدار الزيادة ، إلا إذا أجازها الورثة .

وبالنسبة للهبة والصدقة والوصية ، ونحوها من التبرعات بعامة ، يقول أبو الفضل محي الدين مُنْلاخسرو (المتوفى عام ٨٥٥ هـ)^(١) بأنه كان القياس ألا يملك المريض مرض الموت هذه التبرعات ، حتى الوصية بأداء ما كان متأخراً في ذمته من حقوق الله تعالى ، كالزكاة وصدقة الفطر ، لوجود سبب الحرج عليه في تصرفاته وهو تعلق حق الغير من دائن أو وارث بالتركة . ولكن هذه التصرفات تصح استحساناً من ثلث التركة ، أي إذا لم تكن مدينة بدين يحيط بها ، ليتدارك بعض ما عساه قد كان وقع فيه من تقصير ؛ ولهذا يقول الرسول : « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم ، زيادة على أعمالكم فضوه حيث شئتم » .

٤٨٥ — هذا ، والمريض أن يُقرّ بدين عليه لأجنبي أو وارث . فإن كان لوارث ، كان نفاذه بعد وفاته موقوفاً على إجازة باقي الورثة^(٢) ، لما في إقراره لأحدهم من تهمة أنه أراد إثارة بيعض ماله على حساب الآخرين . وإلى هذا الرأي ذهب أحمد بن حنبل أيضاً^(٣) . والوارث هنا ، هو ما كان سبب الإرث متحققاً له وقت الإقرار ، وكان وارثاً فعلاً عند وفاة المقر ؛ فإن لم يتحقق هذان الأسران في المقر له ، صح إقرار المريض له دون توقف على إجازة الورثة^(٤) .

(١) مرآة الأصول ، ص ٦٢٤ .

(٢) ونلاحظ هنا أن قانون الوصية الجديد أجاز الوصية للوارث أيضاً كما هو معروف .

(٣) راجع كشف القناع ، ج ١ : ٢٩٣ — ٢٩٤ ؛ وفيه أنه يصح الإقرار ولو لم يميزه الورثة إن قامت بينة عليه .

(٤) انظر الزيلعي ، ج ١ : ٢٦ ، في هذا وتفصيل الكلام والخلاف فيه . وعند أحمد ابن حنبل أن الوارث هو من يرث فعلاً لو مات المقر بعد الإقرار فوراً ، أي وإن لم يرث فعلاً حينئذ .

وعلى ذلك ، إن كان المقر له وارثاً وقت الإقرار دون وقت الموت ، كما لو كان أخاً للمقر الذى لا ولد له ، ثم بعد الإقرار ولد للمقر ابن فصار الأخ غير وارث ، صح الإقرار له . وإن كان الأمر على العكس ، بأن أقر لاسرأة أجنبية ، ثم تزوجها ومات عنها ، صح الإقرار وإن صارت وارثة وقت الموت ، لانتفاء التهمة وقت الإقرار .

وفى رأى الشافعى أن الإقرار فى المرض ، كالإقرار فى الصحة ، كلاهما صحيح نافذ بلا توقف ، وإن كان لوارث أو أجنبي بالطريق الأولى^(١) .

أما مالك ، فقد نظر إلى ملابسات الإقرار وظروفه ؛ هل فيه تهمة ، أو لا تهمة فيه . فإن كان لا تهمة فيه فهو صحيح نافذ ؛ وإلا كان تبرعاً فيأخذ حكمه ، سواء كان لوارث أم لأجنبي . وربما كان هذا خبر الآراء ، والله أعلم^(٢) .

أما الإقرار فإن كان لأجنبي غير وارث ، فهو صحيح نافذ دون حاجة لإجازة الورثة ، إلا أن ما يثبت بالإقرار وحده — وإن كان إقراراً مكتوباً — يؤخر عند الأداء عن غيره من الديون التى تسمى بديون الصحة .

= الوفاء بعد لحجه بوارث جديد بحجه ، لأن العبرة فى صحة الإقرار وتناذه هو ألا يكون المقرتهما فيه وقت صدوره عنه .

وراجع المبسوط للسرخسى ، ١٨٠ : ٢٤ وما بعدها ، فى إقرار المريض لأجنبي أو لوارث ، وفى وصيته وتبرعائه وسائر تصرفاته .

(١) نهاية المحتاج ، ٤٠ : ٥١ — ٥٢ ، وفيه صحة ذلك لوارثه ، ولو كذبه الورثة لانتهاء التوفى « إلى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر » ، وفى قول لا يصح لأنه متهم بحرمان بعض الورثة .

(٢) ذكر الشيخ أحمد إبراهيم (مذكورة الالتزامات فى الشرع الإسلامى ص ١٥٥ — ١٥٦) مانعه : وعند الشافعى رحمه الله ، وكذلك عند أهل الظاهر كما قدمنا ، يقبل إقرار المريض بالدين وبالعين للأجنبي وللوارث جميعاً ، كإقرار الصحيح ، ويساوى إقراره البينة فى القبول . ولا يفرق الشافعى بين دين صحة ودين مرض ، خلافاً لأصحابنا ؛ وذلك لأن الظاهر من حاله أنه محق فى إقراره ولا يقصد حرمان بعض الورثة ، فإنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكذب ويتوب فيها الفاجر ... وأما عند مالك ، رحمه الله ، فقد قال ابن جزى فى قوانينه لا يقبل إقرار المريض « لمن يتهم بمودته ، من قريب أو صديق ملاطف ، سواء كان وارثاً أم غير وارث ، إلا أن يحيزه الورثة » ، ويقبل فيما سوى ذلك . ونحن نشير هنا إلى أن ابن حزم الظاهرى يذهب إلى أن تصرفات المريض كلها ، ومنها الإقرار ولو لوارث ، صحيحة كتصرفات الصحيح ، انظر المحلى ٩٠ : ٣٤٨ — ٣٥٩ ، حيث عرض مذهبه واستدل له ورد آراء مخالفيه .

ويراد بديون الصحة ، الديون التي ثبتت قبل المرض ولو بالاقرار وحده في صحته .
ويلحق بها ما نشأ من ديون بعد المرض ، ولكن ثبوتها كان بالبينّة أو بالمعاينة ممن
شهدوا أسبابها ؛ كقرض اقترضه ، أو ثمن أشياء اشتراها وهو مريض . هذه الديون
يجب أن تؤدّى من التركة قبل ديون المرض ، أى الديون الثابتة بإقرار المريض فقط .
٨٤٦ — ح) وأخيراً ، فيما يختص بحقوق الورثة ، نذكر ، فضلاً عما تقدم
في ذلك عند بحث حقوق المريض نفسه وحقوق الغرماء ، أن المهم للورثة أن تسلم
التركة كلها ، إن لم يكن هناك دين أو موصى له ، أو ثلثاها إن كان هناك موصى له
لا دائنون ، أو ما يبقى بعد أداء الدين وتنفيذ الوصية في الثلث إن كان ثمة من
هؤلاء وأولئك .

وإذا ، فكل نصرف لا يضر بشيء من حقوقهم كان صحيحاً نافذاً لا اعتراض
عليه من أحد منهم . وإن كان التصرف ينال بعض حقوقهم بالضرر كان لهم
— مع نفاذه أيضاً حال الحياة — حق إبطاله بعد الموت إن كان مما يقبل الفسخ ،
كالتبرعات على اختلاف أنواعها . وإن كان التصرف مما لا يقبل الفسخ ، مثل
الإعتاق ، كان نفاذه معلقاً على الموت متى حل بالمريض ؛ فحينئذ يعتق العبد ،
ولكن عليه أن يسقى للورثة بما يزيد من قيمته عن ثلث التركة ^(١) ، إذ يعتبر العتق
من المريض وصية للعبد بقيمته بشرط ألا تزيد عن ثلث التركة .

ومن هذا نفهم أن حق الورثة يحىء بعد حق الغرماء ، ثم بعد حق الموصى لهم ،
بمعنى أنه إن كان الدين يحيط بالتركة كلها ، كان لا شيء لهم ولا للموصى لهم ؛
وإن كان غير محيط ، وجب أدائه أولاً ، والباقي تنفذ الوصية منه بما لا يزيد عن
الثلث ، ثم يأخذ الورثة الباقي الأخير ، وإن لم يكن هناك موصى له ، كان للورثة
التركة كلها إن لم يكن ثمة دين ، أو الباقي بعد الدين ، على أن تؤدى ديون
الصحة ، وما يلحق بها ، قبل ديون المرض ، على ما قلنا من قبل .

(١) إلا إذا تجاوز الورثة عن قيمة الزيادة ، فيعتبر ذلك منهم إجازة لما زاد عن ثلث التركة

من الوصية .

ب - الولاية

معناها:

٤٨٧ — يقال في اللغة : وَلِيَ الشيءَ وعلى الشيءَ وَلَايَةً بفتح الواو وكسرها ، أى قام عليه ، كما يقال : أوليته الأمر ووليته عليه ، أى ملكته إياه . ومن هنا ، جاء المعنى الشرعى الاصطلاحي لكلمة : ولاية ، بمعنى أن يكون للشخص الذى يتولى عقداً من العقود سلطةً شرعيةً بها ينعقد وينفذ ، أى تترتب عليه آثاره الشرعية والقانونية .

وهذه السلطة ، قد تكون أصلية فيما إذا تولى الإنسان عقداً أو تصرفاً من التصرفات لنفسه ، بأن كان بالغاً عاقلاً ، فبلى أمور نفسه بنفسه ، لأنه كامل أهلية الأداء . وقد تكون نيابية ؛ إذا ولى شخص ما أمور غيره من ناقصى هذه الأهلية وكان له من السلطة ما يبيح له القيام بمقوده وتصرفاته .

وهذا النوع الثانى من الولاية ، يكون :

- (أ) للأب أو أبيه ، أى الجد ، عند عدم الأب^(١) .
- (ب) القاضى ، والمحكمة الحسبية تقوم اليوم مقامه .
- (ج) وصى الأب أو الجد أو القاضى .
- (د) الوكيل عن الشخص التام الأهلية ، إذا وكل إليه هذا القيام ببعض العقود أو التصرفات .

٤٨٨ — كل من هؤلاء حين يتصرف ، بصفته هذه ، يتصرف نائباً عن تحت ولايته مستمداً سلطته من غيره . وهذا « الغير » هو الموكل فى حالة الوكالة ، وهو الشارع فى حالة ولاية الأب أو الجد والمحكمة الحسبية أو الوصى ، فإن الواحد من هؤلاء لا يستمد سلطته أو ولايته من القاصر ، لأنه نفسه ليس له هذه السلطة لتولى

(١) والولاية فى عقد زواج القاصر تكون ، عند عدم وجود الأب والجد ، لجميع أقارب القاصر من العصبات على تفصيل معروف .

ما يحتاج إليه من عقود وتصرفات ، ولكن من الشارع الذى ينظم شئونه ويراعى مصالحه المالية وغيرها ، على تفصيل معروف بجىء موضعه فى بحث «الأحوال الشخصية» .

وفى هذا يقول علاء الدين الكاسانى :

«الولاية فى الأصل نوعان ؛ نوع يثبت بتولية المالك ، ونوع يثبت شرعاً لا بتولية المالك . أما الأول ، فهو ولاية الوكيل ، وإن لم يكن المحل [أى المقود عليه محل التصرف] مملوكاً له ، لوجود الولاية المستفادة من الموكل . وأما الثانى ، فهو ولاية الأب والجد أب الأب والوصى والقاضى . . . فسبب هذا النوع من الولاية فى التحقيق شيئان ؛ أحدهما الأبوة ، والثانى القضاء . لأن الجد من قبل الأب أب لكن بواسطة ، ووصى الأب والجد استفاد الولاية منهما ، فكان ذلك ولاية الأبوة من حيث المعنى ، ووصى القاضى يستفيد الولاية من القاضى ، فكان ذلك ولاية القضاء معنى»^(١) .

إذاً ، لا بدّ فى العقد أو التصرف ، أى لوجوده ونفاذه وترتب آثاره عليه ، من أن يكون الذى يقوم به له أهلية الأداء أولاً ، وله ولاية عقده ثانياً ؛ بأن يكون أصيلاً عن نفسه ، أو ولياً أو وصياً على غيره . فإن لم يكن واحداً من هؤلاء جميعاً ، كان فضولياً فيما يقوم به من عقود ، وسيجىء قريباً الكلام على عقود الفضولى .

٤٨٩ - هذا ، والولاية قد تكون على النفس ، وقد تكون على المال .

فالأولى كالقيام بما يلزم للطفل والقاصر من الحضانة والتربية والتعليم والتزويج ، وليس هنا موضع الكلام عليها . وقد تكون على المال ، وهى محل البحث الآن .

الولاية على المال ، بالنسبة للصغير القاصر ، تكون أولاً لأبيه ، ثم لوصيه ، ثم لجدّه ، ثم لوصيه ، ثم أخيراً للقاضى ، أو لمن يجعله وصياً . والسبب فى هذا الترتيب واضح ؛ فالأب أوفر الناس شفقة على ولده ، ووصيته الذى اختاره بنفسه أحق الناس فى القيام مقامه بعد موته ، فى رأيه ؛ والجد يجىء بعد هذين ؛ لتأخره عن الأب درجة

في النظر لابن ، ووصيه يليه مادام قد وثق به ، ورضيه لهذه المهمة والقاضي أمين الأمة في تحقيق العدل ، والنظر لمصلحة المسلمين عامة ، وبخاصة اليتامى ، فصلح ولياً ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : **السلطان ولي من لا ولي له** إلا أنه في الشفقة ، دون الأب والجد طبعاً ، فجاء هو ووصيته بعد أولئك جميعاً .

وفي مذهب ابن حنبل ، وكذلك مذهب مالك ، أن الولاية أولاً للأب ثم وصيته ، ومن بعدهما للحاكم أو لمن يقيمه أميناً على القاصر . أما الجد وغيره من ذوى القرابة ، فلا ولاية لهم ، إلا إن جعل الأب أحدهم وصياً بطبيعة الحال . لأن الجد يدلى للصغير بواسطة الأب ، فكأنه أخ ، ولأن ذوى القربى الآخرين ليسوا دائماً أمناء على مال الصغير ، وبخاصة أن المال محل الطمع والخيانة^(٢) .

ويرى الشافعية ، أن الولاية على الصغير في المال تكوز للأب أولاً ، ثم للجد وإن علا ، ثم لوصيهما ، أى وصي من تأخر موته منهما ، ثم القاضي العدل الأمين للخبر الذى يقول : « السلطان ولي من لا ولي له » ، وقد رواه الترمذى وحسنه ، والحاكم وصححه . أما سائر ذوى القرابة ، فلا ولاية لهم على مال الصغير ، وإن كان لهم الإنفاق في تربيته وتعليمه وتثقيفه^(٣) .

٤٩٠ — هذا إذا كان المولى صغيراً . فإن كان بالغاً ولكنه لم يستعمل أهلية الأداء لجنونه أو عتبه ، بأن بلغ كذلك ، فإن الولاية تكون عليه لمن كان وليه قبل البلوغ ، من أب أو جد أو وصي ، باتفاق المذاهب الأربعة ؛ وكذلك إذا بلغ سقياً ، وإن كان لا بد في رأى أبى يوسف — خلافاً لمحمد — من قضاء القاضي بالحجر عليه ، وحينئذ تكون الولاية لمن تقيمه المحكمة الحسبية ولتيا عليه أما إذا بلغ رشيداً ، وانقطعت عنه ولاية من كان ولياً عنه ، ثم أصيب بآفة

(٢) كشف القناع ، ٢ : ٢٢٣ ؛ مشيئ الإرادات ، ٢٨ : ١٥٤ .

وانظر عند مالك ، الفرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه .

(٣) نهاية المحتاج ، ٣٨ : ٣٥٥ — ٣٥٦ .

من هذه الآفات العقلية (الجنون أو العته) ، فإن الولاية عليه تكون للقاضي في مذهب مالك وابن حنبل ، أى لمن تقيمه عليه المحكمة الحسنية ؛ والأمر كذلك في قول عند الأحناف والشافعية ، وفي قول آخر — هو الراجح — ترجع الولاية لمن كانت له قبل البلوغ^(١) .

إلى هنا ، كان الحبر من التصرف بسبب النقص في الأهلية نقصاناً واضحاً للصغير أو الجنون ونحوه . أما إن كانت الأهلية تامة ، ولكن صاحبها السفه ، فإن الحبر عند من يراه لا يكون إلا بسبب التبذير محافظة على مال السفه ؛ وهذه ناحية يختلف فيها التقدير ، ولذلك لا يكون الحكم في ذلك إلا القضاء ، فلا يثبت الحبر إلا به — كما هو رأى أبى يوسف — ولا يرتفع إلا به أيضاً ، وحينئذ تكون الولاية بطبيعة الحال لمن يراه القاضي^(٢) .

العقد بين الأهلية والولاية

٤٩١ — نجد هنا ، إذاً ، ثلاث حالات :

(١) أن العاقد كامل الأهلية وله ولاية العقد . وهنا يكون العقد صحيحاً نافذاً ، إلا إذا كان فيه ضرر بآخر ، وحينئذ لهذا « الآخر » أن يجيزه ، أو يعترض عليه ، فيصير موقوفاً ، وهذه حالة المستأجر أو المرتهن إذا بيعت العين قبل انتهاء مدة الإجارة أو قبل أداء الدين ؛ فإن أجاز العقد ، نفذ ، وإلا توقف نفاذه حتى تنتهى المدة أو يؤدي البائع الدين الذى عليه للمرتهن . وهى كذلك حالة المدين الذى يضر تصرفه الدائن ، وأيضاً حالة المريض مرض الموت ، على ما تقدم بيانه .

(١) راجع في مذهب ابن حنبل ، كشف القناع ، ٢٨ : ٢٢٦ ؛ وعند الشافعية نهاية المحتاج ٣٨ : ٣٥٦ ؛ وعند المالكية ، الشرح الكبير للدردير ، ٣٨ : ٣٠٠ ؛ وعند الحنفية ، الزيلعي وحاشية شهاب الدين أحمد الشلبي عليه ، ٥٨ : ١٩٤ — ١٩٦ .

(٢) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ١٠٣ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٥٩ ؛ الزيلعي وحاشية الشلبي عليه ، ٥٨ : ١٩٥ .

(ب) أن يصدر العقد ممن ليس له أهلية أداء مطلقاً ولا ولاية ، وحينئذ يكون باطلاً ، كما في أحوال المجنون والوصي قبل سن التمييز .^(١) ممن تكون أهليته ناقصة كالوصي المميز أو السفیه وذی الغفلة عند الصاحبين^(٢) ؛ وحينئذ يكون التصرف صحيحاً نافذاً إن كان نافعاً بلا ريب ، وباطلاً إن كان ضاراً بلا ريب ، ووقوفاً على إجازة الولي أو الوصي إن كان محتملاً للنفع والضرر ، وقد تقدم في هذا الكلام مفصلاً .

(ح) أن يصدر العقد ممن له أهلية الأداء كاملة ، ولكن ليس له ولاية عقده باسم من عقده ، وهذه حالة الفضولي ، فيتوقف على إجازة الذي عقد له ، على ما سيأتي .

ما يشترط في الولي

الولي قوله وفعله وسائر تصرفاته نافذة في الأعم الأغلب من الحالات على من تحت ولايته ، سواء شاء أم أبى . ولهذا الخطورة ، ليس كل شخص يصح أن يكون ولياً على مال الغير بصفة عامة ؛ أي سواء كان أباً ، أم جداً ، أم وصياً ، أم قاضياً ، أم ناظر وقف ، أم مديراً لمؤسسة خيرية ، أم نحو ذلك كله . بل للولي شروط في نفسه ، وأخرى في تصرفاته يتقيد بها .

٤٩٢ — (١) يشترط في الوصي ، وهو ولي القاصر ، أن يكون أميناً قادراً على ما نُدب إليه ، وفي هذا يقول صاحب الاختيار^(٣) : « اعلم أن الأوصياء ثلاثة . أمين قادر على القيام بما أوصى إليه ، فإنه يُقرر وليس للقاضي عزله . ؛ وأمين عاجز فالقاضي يضم إليه من يُعينه ... ؛ وفاسق أو كافراً أو عبداً ، فيجب عزله وإقامة غيره ، لأنه لا تصح نيابته ، لأن الميت إنما أوصى إليه معتمداً على رأيه وأمانته وكفايته في تصرفاته ، وهؤلاء ليسوا كذلك . أما الفاسق ، فلاتهامه بالخيانة ؛ وأما الكافر ؛ فللعداوة الدينية الباعثة له على ترك النظر للمسلم ، وأما العبد ؛ فلتوقف تصرفه على

(١) لأن أبا حنيفة ، كما علمنا ، لا يميز الحبر للدين أو السفه .

(٢) ٣٨ : ١٩٨ ، وانظر مختصر الطحاوي ص ١٦٠ — ١٦١ .

إجازة مولاه وتمكنه من حَجْرِهِ بعد ذلك . فيخرجهم القاضى و يقيم من يقوم بمصالح [القاصر ^(١)] ، لأن القاضى نَصِبَ ناظراً للمسلمين .

وفى الدر المختار شرح تنوير الأبصار ^(٢) : « ولو أوصى إلى صبي ، وعبد غيره ، وكافر ، وفاسق ، بُدِّل ، أى بدِّلهم القاضى بغيرهم إتماماً للنظر . ولفظ بدِّل يفيد صحة الوصية ، فلو تصرفوا قبل الإخراج جاز « سراجية » . فلو بلغ الصبي ، وعتق العبد ، وأسلم الكافر أو المرتد ، وتاب الفاسق . لم يخرجهم القاضى عنها ، أى عن الوصايا لزوال الموجب للمزل إلا أن يكون غير أمين . . . ومن عجز عن القيام بها حقيقة ، لا بمجرد إخباره ، ضم القاضى إليه غيره ، رعاية لحق الموصى والورثة . ولو ظهر للقاضى عجزه أصلاً ، استبدل غيره » ^(٣) .

كما يشترط أن يكون بالغاً ؛ لأن القاصر محتاج لمن يكون وصياً عليه ، فلا يصح أن يكون وصياً أولياً لغيره ؛ فإن أوصى الميت لصبي ، كان على القاضى إخراجُه وتعيين غيره ^(٤) .

٤٩٣ — ب) ومن ناحية التصرفات ، الولى — على اختلاف أنواعه — مقيد فى تصرفاته بألا تكون ضارة بالصغير ، كالهبة والصدقة ^(٥)

(١) فى الأصل الميت .

(٢) ٥ : ٤٦٣ - ٤٦٤ ، وانظر حاشية ابن عابدين عليه فى الموضع نفسه . وراجع فى هذه الناحية أيضاً ، مختصر الطحاوى ص ١٦٠ - ١٦١ ؛ المنقح لابن قدامة ، ٦ : ١٣٧ وما بعدها .

(٣) وفيه أيضاً أنه لو أوصى إلى عبده وورثته صار صحيح ، وإلا لم يصح ، وقال لا يصح مطلقاً وعلى ابن عابدين فى الحاشية ذلك بأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهو قلب المعروف . ولأبى حنيفة أنه الأب أوصى إلى من هو أهل للوصية ، فيصح ؛ والصغار وإن كانوا ملاكاً ، إلا أنه لما جعله أبوهم وصياً عليهم مقام نفسه ، صار مستتبداً بالتصرف مثله بولاية عليهم ، ص ٤٦٣ ، وانظر هنا فتح القدير ، ٨ : ٤٩٢ ؛ والطحاوى ص ١٦١ ، وهو يأخذ بقول صاحبين .

(٤) فضلاً عن المراجع السابقة ، انظر ، فى شرائط الولاية وترتيبها . البائع ٥ : ١٥٣ وما بعدها .

(٥) يميز الإمام محمد للأولياء الهبة بعوض ؛ إذ هى معاوضة مالية وإن سميت هبة . ولم يجز بعض الفقهاء العارية لأنها تبرع ، وأجازها آخرون لأن المنافع ليست بمال ، فكأن العين المستعارة =

والطلاق^(١) والعناق . وإفناً ، فما كان نافماً بلا ريب ، مثل قبول الهبة والوصية والضمان أو الكفالة للمال ، كان صحيحاً نافذاً ، وكذلك ما كان متردداً بين النفع والضرر ، وإلا لوقفت الأعمال المالية التي لا بد منها لإدارة ثروة من تحت الولاية .

هذا ، وليس كل الأوصياء سواءً في التصرفات ؛ بل قد يباح للواحد منهم من التصرفات ، باعتباره ولياً ، ما لا يباح لغيره . ولا عجب ! فوصى الأب ليس كالأب نفسه في الشفقة باليتيم والنظر له ، وكذلك الحال في الجد ووصيه ووصى القاضى أخيراً .

بالنسبة للأب :

٤٩٤ — أرحم الناس بالصغير ومن في حكمه ، كالمجنون والمعتوه ، أبوه إذا كان موجوداً ، ولذلك تكون يده مطلقة في التصرفات باعتباره ولياً له . فله بيع مال الصغير لأجنبي أو لنفسه ، وكذلك الشراء له من أجنبي أو من نفسه ، ويجوز هذا كله ولو بشيء يسير من الغبن . كما له أن يتجر بمال الصغير على أى نوع كان الاتجار وإجارة الصغير نفسه أو إجارة ما يملك ، ودفعه ليتعلم حرفة من الحرف^(٢) .

= مودعة لدى الصغير بضمنها إن هلكت بتمدد أو إهمال منه . ونحن لا نرى مانعاً من الجواز ، ولكن لمعنى آخر ، هو أن حسن المعاملة وإدارة أموال من تحت الولاية قد يقتضى لإباحة هذا النوع من التصرفات ؛ وإلا صار المولى عليه كأنه يعيش وحده ، وانقبضت عنه قلوب الناس ومساعدتهم ومعونتهم له .

وليس للمولى إقراض مال من تحت ولايته ؛ مخافة الضياع ولأنه إزالة للملك في الحال ، فكأنه تبرع ابتداءً . على أن للقاضى ذلك ، لأنه أقدر على الاستيفاء ، فلا يخاف من ضياع المال لدى المقرض .

راجع في هذا كله ، البدائع ٥ : ١٣٦ ، ١٥٣ — ١٥٤ . جامع الفصولين ، ٢ : ١٢ — ١٤ . كشف القناع ، ٢ : ٢٤ — ٢٢٥ ؛ ففيه أن لولى الصغير والمجنون الاتجار بماله ، وبيعة هبة للمولى وإقراضه إذا كان في ذلك مصلحة ولو بلا رهن ولا كفيل به .

(١) قد يكون الطلاق أحياناً خيراً للمولى عليه ، فلم لا يجوز وينفذ إن كان السبب في الإعلان هو فقط كون هذا التصرف ضاراً ؟

(٢) راجع في تصرفات الأب ؛ ومنها البيع والشراء والإجارة ، وإجارة الصغير نفسه ، ودفعه ليتعلم حرفة ... ، جامع الفصولين ٢ : ١٢ — ١٣ ، وس ١٥٤ .

وكما أن له البيع والشراء والإجارة ، له الإجارة والرهن ، وسائر ضروب استثمار أملاكه مزارعة أو مساقاة وغيرهما من ضروب استثمار الأرض والمال^(١) .

وكل هذه العقود والتصرفات لا تُقيّد إلا بشرط واحد ، هي أن تكون في مصلحة الصغير ، أو على الأقل لا تكون ضارة ضرراً محضاً ، وإلا كانت باطلة بالنسبة للصغير . وذلك مثل البيع والشراء وسائر ضروب استثمار المال والأملاك بغير فاحش ، أو البيع إلى مفلس ، أو التأجير إلى معروف بعدم الوفاء أو بالمأطلة في دفع ما عليه ، ومثل ذلك في عتق لما يملك من رقيق^(٢) ، وغير هذا كله من التصرفات الضارة .

وقد بين القانون الحالي الذي تسير عليه المحاكم الحسبية ، متى تتدخل هذه المحاكم للحد من سلطة الأب ، أو لسلب ولايته بالسكّية ؛ حين تكون تصرفاته ضارة بمن تحت ولايته ، أو حين لا يكون هو نفسه صالحاً لهذه الولاية^(٣) .

وصى الأب :

٤٩٥ — هذا الوصى — ولا بد الآن بعد صدور القانون بإنشاء المحاكم الحسبية من أن تقر المحكمة الحسبية اعتباره وصياً — هذا الوصى في تصرفاته ما للأب من أحكام^(٤) ، وإن كان بينهما هذه الفروق :

(١) في متن الإقناع وشرحه كشف القناع ، ٢ : ٢٢٤ ، أن لولي الطفل والمجنون الاتجار بنفسه بماله ، على أن يكون الربح كله للمولى عليه ، أي لا يأخذ الولي أجراً على عمله . كما له دفعه إلى أمين يتجر فيه على أن يكون له حصة من الربح .

(٢) في كشف القناع ، ٢ : ٢٢٤ ، أن لولي عتق رقيق المولى عليه على مال ، إن كان في ذلك حظ ومصلحة له ، كأن يكون بدل العتق أكثر من ثمن العبد ، لأن هذا التصرف يكون إذا معاوضة لا تبرعاً .

(٣) في رأى الأحناف أن فسق الأب أو تبذيره لا يسلبه ولايته على الصغير ومن في حكمه — وبخاصة وأبو حنيفة لا يرى الحجر بسبب السفه — ولكن يجب تقييد تصرفاته فلا ينفذ منها على المولى عليه إلا ما لا شك في أنه نافع وخير له . والصاحبان ، وقد جوزا الحجر على السفه ، يريان هنا أن ولاية الأب على ابنه تزول بسفهه . راجع في هذا ، الأشياء والنظائر وحاشية المحوى ١ : ٣٦٤ من الفن الثاني .

وعند الشافعي (نهاية المحتاج ٣ : ٣٥٥) أن الأب ينزل عن ولاية ابنه بنفسه .

(٤) راجع جامع الفصولين ، ٢ : ١٢ ، ١٤ ، ١٦ ، ١٧ .

(أ) ليس له أن يبيع عقار الصغير إلا لضرورة أو لسبب يقتضيه . في حين أن البيع جائز للأب وإن كان لا ضرورة على ما تقدم بيانه^(١) . وإذا ، يجوز هذا البيع للوصى إن كان على الصغير دين لا يمكن أدائه إلا ببيع العقار ، وكذلك إذا كان في التركة وصية لا يمكن إيفاؤها إلا بالبيع^(٢) . كما يجوز البيع إذا كان خيراً بيناً للصغير ، كما إذا بيع بضعف قيمته ، أو للخوف عليه من جائر يروم أخذه ، أو لأنه خرب أو آيل للخراب ، ولا سبيل لإصلاحه والانتفاع به ، أو في نفقة الصغير ، متى كان لا سبيل للقيام بها بدون البيع ، أو لما يشبه هذه الحالات .

(ب) للأب كما قلنا ، أن يبيع ويشتري للصغير ولو من نفسه ، ولا يجوز هذا من الوصى إلا بشرط أن يكون في ذلك خير بين الصغير — كأن يبيعه ^{بضعف} بنصف القيمة أو يشتري ^{بضعف} بضعف القيمة — عند الإمام أبي حنيفة ، وليس له ذلك مطلقاً عند صاحبين والشافعي وابن حنبل ، وأبو يوسف مع الإمام في رواية عنه^(٣) . هذا الخير البين ، أو المنفعة الظاهرة ، التي جعلها من أجاز بيع الوصى ماله للصغير أو شراءه بعض ماله لنفسه ، اختلف في تقديرها الفقهاء . فلزيلي يفسرها : بأن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ، أو يشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه^(٤) .

وابن عابدين^(٥) ، بعد أن نقل هذا عن الزيلي ، قال : « وبهذا فسر الخيرية الإمام السرخسي في غير العقار . وهي في العقار ، عند البعض أن يشتري

(١) في النرج الكبير للدردير ٣ : ٣٣٩ — ٣٤٠ أن للأب بيع العقار بمثل القيمة مطلقاً ، ولكن ليس للوصى أو الحاكم ذلك إلا الحاجة تدعو إليه .

(٢) راجع الفتاوى الهندية ٦ : ١٤٤ ؛ والحموي ٢ : ١١٩ .

(٣) انظر في هذا ، الزيلي ، ٦ : ٢١١ — ٢١٢ . الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، ٥ : ٤٦٨ — ٤٦٩ : كشف القناع ، ٢ : ٢٢٤ ، وهنا يقول إنه ليس للولي أن يرتهن أو يشتري أو يبيع شيئاً من مال من تحت ولايته لنفسه ، إلا الأب لعدم الهمة إذ يترك حظ نفسه لولده ؟ وبهذا فارق [الأب] الوصى والحاكم .

(٤) ٦ : ٢١١ ، وهذا في غير العقار .

(٥) ٥ : ٤٦٨ .

[أى الوصى لنفسه من الصغير] بضعف القيمة ويبيع بنصفها . وفى الحافضية ، يجوز بيع الوصى من نفسه وشراؤه ، إن كان فيهما نفع ظاهر ، كبيع ما يساوى تسعة بعشرة وشراء ما يساوى عشرة بتسعة . قلت : وأما فى العقار ، فلا شك أن الخيرية فى الشراء [شراء الوصى لنفسه من مال الصغير] التضعيف ، وفى البيع التتصيف ... [ثم قال :]

[الحمد وأرى زيادة الاثنين فى العشرة ونقصه منها ، فيما عدا العقار ، كافياً فى الخيرية ؛

لأنه الغبن الفاحش الذى لا يستحمله الناس .]

ونقول نحن : إن التقدير للمنفعة الظاهرة بأنها للتضعيف فى الشراء والتتصيف

فى البيع ، أمر غير معقول ، ويكفى أن تكون الزيادة نحو عشرين فى المائة ، إذا كان البيع للصغير ، وأن يكون النقص مثل ذلك إذا كان الأمر أمر شراء له . على أن من الأحكم والأصوب أن يترك تقدير ذلك للمحكمة الحسبية بعد اعتبار الظروف والأحوال والملابسات المختلفة التى يتم فيها البيع أو الشراء^(١) .

جـ يجوز للأب بيع مال أحد صغيرين تحت ولايته للآخر ، أى يتولى وحده طرفى العقد ، ولا يجوز هذا للوصى^(٢) .

د وكذلك ليس للوصى أن يجعل نفسه أجيراً للصغير ، لأن فى ذلك تولى طرفى العقد وحده ، وهذا لا يجوز منه بناء على ما سبق ؛ وفى معنى الإجارة أن يكون مزارعاً فى أرض الصغير ، أو أن يضارب بماله . وكل ذلك جائز من الأب لأن التهمة منتفية عنه ، بل لأنه يؤثر عادة صالح ابنه على صالحه هو نفسه^(٣) .

الحمد ووصيه :

٤٩٦ — يقوم الوصى المختار من الأب ، كما عرفنا ، مقام الأب فى أمرين :

(١) الولاية على التركة ، فله أن يبيع منها لأداء الديون وتنفيذ ما يكون من وصايا .

(١) وانظر الأستاذ الفيخ أحمد إبراهيم ، بحث العقود والمروط والخيارات ص ٦٢ .

(٢) ابن عابدين ، ج ٥ : ٤٦٩ ؛ جامع الفصولين ، ج ٢ : ١٣ ، ١٥ ؛ الفتاوى الهندية ،

ج ٣ : ١٧٦ .

(٣) جامع الفصولين ، ج ٢ : ١٣ ، ١٥ ؛ الفتاوى الهندية ، ج ٦ : ١٤٨ .

(ب) الولاية على ما يبقى منها للأولاد من مال ، فله العناية بإدارته واستثماره على الوجه الذى تقدم . وهو ، فى هذين الأمرين ، يستمد ولايته وسلطته من الأب . لكن الجدة ، أبا الأب ، لا يستمد ماله من ولاية على أولاد ابنه من أبيهم ، بل ولايته عليهم أصلية ، ولهذا يكون هو الولي عند عدم وجود الأب أو وصيه المختار ويترتب على هذا الاعتبار ، أن تكون ولايته مقصورة على الأولاد ومالهم من مال ، أى لا تكون له ولاية على تركة الأب ؛ وإذا ، فليس له أن يتدخل فيما يجب لأداء ما يكون عليها من ديون ، أو لتنفيذ ما يكون أوصى به من وصايا . ومن ثم ، يختلف فى هذه الناحية عن وصى الأب^(١) ، وفيما عدا ذلك يكون له من التصرفات ما يكون للأب تماما ، مادام الأب لم يؤل وصيا على الأولاد .

على أن ولايته ، فى بعض الآراء ، تمتد على تركة الأب نفسها ؛ إذ هو خليفة عنه خلافة طبيعية ، وأحد ورثته ، وبذلك لا يختلف حكمه فى مسألة تركة الأب باعتبارها تركة — عن وصى الأب نفسه^(٢) .

وعلى رأى الأول ، وهو رأى جمهرة الفقهاء وهو ما نميل إليه ، يجب إقامة وصى لتصفية تركة الأب بأداء ما قد يكون عليها من ديون ووصايا وحقوق أخرى ، وحين يظهر نصيب الأولاد — بعد هذا — تكون للجد الولاية عليه .

هذا ، هو شأن الجد نفسه ؛ أما وصيه ، فله من الولاية ، بالنسبة لتركته ، ما لوصى الأب فى تركة الأب نفسه . كما له من الولاية فى أموال أولاد ابنه ، ما لوصى الأب فى أمواله لو كان موجوداً . وإذا ، فكل تصرف جاز لوصى الأب ، يجوز لوصى الجد ؛ وما يمنع منه الأول ، يمنع منه الثانى أيضاً^(٣) .

(١) راجع جامع الفصولين ، ٢ : ٢١ ، فقيه : ٥ ولو لم يكن له بيت وصى فلائيه ، وهو الجد ، بيع العروض والقرءاء ، إلا أنه لو باع التركة لدين أو وصية لم يجوز بخلاف وصى الأب . وراجع أيضاً الفتاوى الهندية ، ٦ : ١٤٥ ، ١٤٦ .

(٢) الفتاوى الهندية ، ٦ : ١٤٦ ، ٣ : ١٧٤ .

(٣) جامع الفصولين ، ٢ : ١٢ — ١٣ : الهندية ، ٣ : ١٧٧ ، ٦ : ١٤٤ .

القاضي ووصيه^(١) :

٤٩٧ — ليس من المألوف ، ولا من الممكن ، أن يعنى القاضي شخصياً بإدارة أموال من لا ولي له ، من أب أو جد أو وصي أحدهما ، ولكن ما عليه حينئذ أن يعين وصياً من عنده يقوم بما يلزم للقاصر من عناية بنفسه وتربيته ، وبماله .

فإذا تم ذلك ، لم يكن للقاضي أية ولاية على الصغير ، بل تكون الولاية للوصي الذي تقرر إقامته . وفي هذا يقول الشيخ زين بن نجيم^(٢) ما نصه : « لا يملك القاضي التصرف في مال اليتيم ، مع وجود وصيه محولو كان منصوبه » . كما ليس لهيئة التصرفات الآن بالحاكم الشرعية التصرف في شيء من أعمال الوقف وإدارته ، مع وجود من أقامته ناظراً .

٤٩٨ — ولهذا الوصي المعين من قبل المحكمة الحسبية ، أن يتصرف في الحدود التي عرفناها لوصي الأب ، مع ملاحظة ما يأتي :

(أ) ليس لوصي القاضي أن يبيع أو يشتري من اليتيم نفسه ، ولو كان في ذلك خير ظاهر له ، على حين يجوز ذلك عند أبي حنيفة من وصي الأب على ما عرفنا . والعلة في هذا ، أن وصي القاضي يعتبر وكيلاً عنه ، وليس للقاضي ^{لنفسه} أن يبيع أو يشتري من القاصر مطلقاً^(٣) ، فبالأولى لا يكون هذا لوكيله الذي يستمد منه ولايته وسلطته على القاصر وماله .

(ب) للقاضي أن ينحصر وصيه بالقيام ببعض التصرفات دون بعضها الآخر ، لكن الوصي المختار لا يقبل في ولايته هذا التخصيص إلا في رأي الإمام محمد^(٤) .

(١) تقوم الآن المحكمة الحسبية . قام القاضي ، كما هو معروف .

(٢) الأشباه والنظائر ، ص ١٦٤ .

(٣) انظر في هذا ، جامع الفصولين ، ٢ : ١٥ .

(٤) فتاوى قاضيخان أو الفتاوى الحانية ، على هامش الهندية ، ٣ : ١٤ ؛ الفتاوى الهندية ، ٦ : ١٤٦ .

(ج) يجوز أن يبيع الوصى المختار ممن لا تقبل شهادته له ، لأن الأب حين استوصاه ، يعلم أكثر من غيره أمانته وصلاحيته وانتفاء التهمة عنه ، ولكن هذا لا يجوز لوصى القاضى ؛ لعدم إمكانه غالباً معرفة حالته معرفة تساوى معرفة الأب بمن يجعله وصياً .

(د) ليس للقاضى عزل الوصى المختار متى كان عدلاً أميناً قائماً بما عهد إليه كما يجب ، ويجب الإفتاء بعدم صحة عزله لو أقدم عليه القاضى وإن كان الأكثرون على صحته . فى حين يجوز للقاضى عزل من أقامه وصياً ، ولو بلا سبب يقتضيه ، ما دام معتبراً وكيله^(١) .

(هـ) للوصى المختار أن يجعل الوصاية لغيره متى حضرته الوفاة ، فيكون له حكمه تماماً فى جميع التصرفات التى يليها ، وليس ذلك لوصى القاضى ، بل لهذا وحده حق إقامة وصى آخر متى مات الأول أو عزل^(٢) .

هذه ، مع أخرى معها ، فروق تقوم بين الوصى المختار من الأب وبين وصى القاضى ، إلا أنه لا أهمية كبيرة لها .

على أن المحكمة الحسبية تقوم الآن ، كما أشرنا من قبل ، مقام القاضى ، وقد أصبح الوصى مقبلاً فى تصرفاته بما جاء فى القانون الخاص بها ؛ وليس هذا مكان بحثه ، بل مكانه عند الكلام بالتفصيل عن الوصية فى الأحوال الشخصية .

(١) فى النفس من هذا شيء ، فإنه فرق كبير بين وكيل الفرد ووكيل القاضى ، ولدفع التهمة عن القضاء والناس .

(٢) يرجع فى هذا ، إلى الأشباه والنظائر ، ص ١٦٣ . وانظر جامع الفصولين ، ص ٢ : ٢١ — ٢٢ «وصيه [أى وصى الأب] لو كان عدلاً كافياً ، لا ينفى أن يعزله ؛ فلو عزله قيل ينزل . أقول : الصحيح عندى أنه لا ينزل ، لأنه باعتباره والبدأ أهدى بنفسه من القاضى ، فكيف يعزله ! وينبغى أن يفتى به لفساد قضاء الزمان . قال : ولو كان كافياً ، لا عدلاً ، يعزله ؛ ولو عدلاً ، غير كاف ، يضم إليه كافياً » .

وانظر أيضاً الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ، ص ٥ : ٤٦٤ .

عقود الوكيل وتصرفاته

الوكالة نوع من الولاية كما عرفنا ، والكلام فيها يتطلب الكلام على :
تعريفها ، ركنها ، شروط الموكل ، شروط الوكيل ، شروط الموكل فيه ، تصرف
الوكيل ، تعدد الوكلاء ، حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع ، وانتهاء الوكالة .

١- تعريفها :

٤٩٩ - تطلق الوكالة في اللغة على الحفظ ، ومنه قوله تعالى : « وقالوا حسبنا
الله ونعم الوكيل ^(١) » ، وقوله : « لا إله إلا هو فاتخذهُ وكيلاً ^(٢) » ، أى حافظاً كما
يقول المفسرون .

وتطلق ، لغةً أيضاً ، ويراد بها الاعتماد وتفويض الأمر ، ومن هذا الإطلاق
قوله تعالى : « وعلى الله فليتوكل المؤمنون ^(٣) » ، وقوله حاكياً عن هود عليه
السلام : « إني توكلتُ على الله ربي وربكم » ، أى اعتمدت على الله وفوضت
وجعلت أمري إليه ، وقوله : « ومن يتوكل على الله فهو حسبه ^(٤) » ، ونحو ذلك
كثير في القرآن والحديث وكلام العرب .

ويراد بها في عرف الفقه والشريعة هذان المعنيان كذلك ؛ إذ هي تفويض
للتصرف والحفظ إلى الوكيل ، فيما يقبل النيابة . ونقول : فيما يقبل النيابة ، لأنه
ليس كل تصرف يصح أن يجعله الإنسان إلى غيره ، كما هو معروف .

٥٠٠ - والتوكيل أمر احتاج إليه الناس دائماً ، ويحتاجون إليه في كثير من
الأحوال . فليس كل امرئ قادراً دائماً على مباشرة أموره كلها بنفسه ، وذلك

(١) آل عمران م ٣ : ١٧٣ .

(٢) المزمل ، ك ٧٣ : ٩ .

(٣) آل عمران م ٣ : ١٧٢ .

(٤) الطلاق ، م ٦٥ : ٣ .

أمر ملموس مشاهد يومياً . إن من الناس من هو في حاجة إلى توكيل غيره عنه ، في بعض الأمور ، لأنه لا يرى من اللائق أن يباشرها بنفسه ، أو لأنه يعجز عنها . الأول كتوكيل الأمير مثلاً إدارة أملاكه وشراء حاجاته لغيره ، إكراماً لنفسه ، والثاني كتوكيل الإنسان بصفة عامة من المحامين من يقومون عنه بالخصومات وما يلزمها أمام القضاء .

ولذلك اعترفت الشرائع قديماً وحديثاً بالوكالة والتوكيل . ففي القرآن أن أهل الكهف ، بعد استيقاظهم من نومهم الطويل ، وكلوا أخدم بشراء ما هم في حاجة إليه من الطعام ، وذلك حين يقول حكاية عنهم : « فابعثوا أحدكم ببورقكم هذه إلى المدينة ، فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه » وفي السنة أنه صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري في نسكاح أم حبيبة وهي بالحبشة ، وكذلك وكل عروة البارقي — وقيل حكيم بن جزام — بشراء شاة ، إلى غير هذه الأحاديث .

٥٠١ — وقد اعترف القانون الروماني بالوكالة وأجازها ، ولكن في حدود ضيقة ، ليس بثامن حاجة هنا للكلام فيها ، وكذلك أجاز القانون الفرنسي التوكيل في حدود معلومة أيضاً^(١) .

أما الفقه الإسلامي ، فقد أجاز التوكيل بصفة عامة في كل تصرف يصح أن يباشره المرء بنفسه ، إلا في استثناءات قليلة يجيء ذكرها ، والضابط في هذا أن « كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره »^(٢) . وبهذا ، نرى الفقه الإسلامي أوسع الشرائع في هذا النوع من العقود ، إذ أجاز التوكيل في كل ما يملكه المرء من التصرفات ، في النواحي ، المالية ، أو الشخصية أو القضائية ، أو غيرها . ولا عجب ! فالناس في حاجة دائماً إلى التوكيل في شتى أمور المعاملات والحياة .

(١) راجع نظرية العقد للسنهوري ، هامش ٣ ص ٢٠٨ ، وهامش ١ ص ٢٠٩ .

(٢) الهداية لبرهان الدين المرفيناني ، ٣٠ : ١٠٩ .

٢- ركنها:

٥٠٢ — والوكالة ، مثلها مثل سائر العقود ، ركنها ، وهو الإيجاب والقبول ، إلا أن لكل من طرفي هذا العقد الرجوع عنه وفسخه في كل حال ، فهو عقد جائز أي غير لازم كعقد البيع مثلاً .

على أن القبول قد يكون بالقول ، كما يكون بالفعل ، كأن يصدر التوكيل للمحامي في قضية من القضايا ، فيقوم بمباشرة ما يلزم فيها ، فيعتبر ذلك قبولاً منه .

بل ، إن من الفقهاء من لم يشترط علم الوكيل بالوكالة ؛ وحينئذ فإن تصرف قبل علمه بها ، ثم علم ، كان تصرفه صحيحاً باسم الموكل . كما إذا باع وارث مال مورثه ، وهو معتقد أنه حي ، ثم علم أنه توفي قبل البيع ، فالبيع يكون صحيحاً^(١) .

٥٠٣ — وهذا العقد ، لأنه من باب الإطلاق في التصرف ، يصح أن يكون ناجزاً ، كأنت وكيل من الآن في كذا ؛ أو مضافاً إلى المستقبل ، كأنت وكيل في كذا من الشهر الآتي ؛ أو معلقاً على شرط ، كأنت وكيل في كذا إن عينت في منصب خارج مصر^(٢) . وكل هذا ، لأن حاجات الناس تقتضيه .

هذا عند الأحناف وأحمد بن حنبل^(٣) ، أما الشافعية فلا يجيزون تعليقها بشرط في القول الأصح ، مثل إن قدم فلان من السفر أو جاء رأس الشهر . إلا أنه يصح للموكل جعل الوكالة غير معلقة ، ثم تعليق التصرف بشرط من الشروط ؛

(١) انظر مغني المحتاج ، ٢ : ٢٢٢ .

لكن الأحناف يشترطون علم الوكيل بالوكالة ، ويفرقون بين الوكيل وبين الوصي والوارث ؛ فالواحد من هذين إن باع شيئاً من تركه الميت قبل علمه بالوصاية وأنه مات ، يكون البيع جائزاً لأن كلاهما خلف عن المتوفى بخلاف التوكيل ، لأنه أمر من الموكل ، وحكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم بالمأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به . البدائع للكاساني ، ٦ : ٢١

(٢) البدائع للكاساني ، ٦ : ٢٠ .

(٣) كشاف القناع ، ٢ : ٢٣٢ .

مثل أن يقول وكلتك الآن في بيع كذا ، ولكن لا تبعه إلا بعد شهر أو إلا إذا تركت مصر^(١) .

٢. شروطها

٥٠٤ — ولهذا العقد شروط مختلفة ؛ بعضها في الموكل نفسه ، وبعضها في الوكيل ، وبعضها في الموكل فيه ، أى موضوع الوكالة ومحلها .

٣٣ الشرط في الموكِّل أن يكون مالكا للتصرف الذى يوكل فيه ، وإلا لم يصح التوكيل ، لأنه لا يُعقل أن يكون له تملك الغير مالا يملك هو نفسه .

وإذا ، لا يصح التوكيل من المجنون ، ولا الصبي غير المميز ، ولا الصبي المميز في التصرفات الضارة به كالطلاق والعتق والهبة . أما التصرفات النافعة له بلا ريب ، كقبول الهبة ، فتصح وكالته الغير بها ، وفي التصرفات التى تحتل النفع والضرر ، كالبيع والشراء والإجارة ، يصح التوكيل وينفذ إذا أجازها وليه أو وصيه^(٢) .

٣٤ والشرط في الوكيل أن يكون عاقلا ، فلا يصح أن يكون المجنون والمحتوه والصبي الذى لا يعقل وكيلا في تصرف من التصرفات ؛ ويصح ذلك للصبي المميز والعبد ؛ لأن البلوغ والحرية ليسا شرطين لصحة الوكالة . عند الأحناف . وقد صح أن الرسول لما خطب أم سلمة لنفسه — وكان أولياؤها غيبا — زوجها منه ابنها عمرو ، وكان صبيا لم يبلغ^(٣) ، وهذا مما يستدلون به على صحة وكالة الصبي متى كان مميزا .

وعند الشافعى أن توكيل مثل هذا الصبي غير صحيح لأنه غير مكلف كالمجنون^(٤) ؛ مع أن الفرق بينهما واضح ، لأن الصبي المميز له حفظه من العقل الذى به تكون له

(١) انظر حاشية البجيرى على التهج ، ٣ : ٦١ ؛ ومغنى المحتاج ، ٢ : ٢٢٣ ، نهاية المحتاج ، ٤ : ٢١ . ٢٢ .

(٢) البدائع لكاسانى ، ٦ : ٢٠ ؛ مغنى المحتاج ، ٢ : ٢١٧ ؛ شرح التهج وحاشية البجيرى عليه ، ٣ : ٥٣ — ٥٤ .

(٣) البدائع ، ٦ : ٢٠ الهداية ، ٣ : ١١٠ .

(٤) مغنى المحتاج ، ٢ : ٢١٨ ؛ شرح التهج مع حاشية البجيرى ، ٣ : ٥٥ ؛ نهاية =

أهلية الأداء في التصرفات الشرعية ، بخلاف المجنون الذي لا أهلية أداء له لعدم العقل عنده .

٥٠٥ - بقي ما يجب من الشروط في الأمر الموكل فيه ، أى في موضوع التوكيل ، وهذا معناه ما يجوز فيه التوكيل وما لا يجوز .

قلنا في هذا ، من قبل ، إن كل عقد جاز أن يعقده الإنسان نفسه يجوز أن يوكل به غيره ، إلا أن هذا يحتاج إلى شيء من التفصيل . على أنه قبل كل شيء يجب أن يكون الموكل فيه معلوماً للتوكيل ، أو مجهولاً جهالة غير فاحشة ، إلا إذا أطلق الموكل كأن يقول لو كيله مثلاً اشتر لي ماشئت^(١) .

ويجوز التوكيل بالخصومة والتقاضى ، وبالبيع والشراء وكل عقد يحتاج إليه الإنسان في معاملاته مع الناس ولإدارة أمواله . كما يجوز التوكيل في إثبات الدين والعين وسائر الحقوق ، وفي قضاء الديون وطلب الشفعة ، وفي القسمة والصلح ، والهبة والصدقة ، والرهن والارتهان ، والإعارة والاستئجار ، والزواج والطلاق ، ونحو ذلك كله طبقاً للضابط الذي قدمناه^(٢) .

إلا أن التوكيل باستيفاء القصاص لا يجوز إلا إذا كان الموكل حاضراً ، ولا يجوز إن كان غائباً ؛ لأنه صاحب الحق وقد يعفوا لو كان حاضراً ، فلا يجوز إذا استيفاء القصاص مع هذه الشبهة^(٣) .

= المحتاج ، ح ٤ : ١٤ - ١٥ . وفي كل هذه المراجع صحة جمل العبد وكيلا في بعض التصرفات وكذلك المرأة . وفي النهاية أنه لا يصح أن تكون الزوجة وكيلا إلا بإذن زوجها ، على أن بعضهم جعل إذن الزوج شرطاً إن كانت وكالتها نفوت عليه شيئاً من حقوقه ، ح ٤ : ١٤ .

(١) البدن لكاساني ، ح ٦ : ٢٣ - ٢٤ .

(٢) المرجع نفسه ، ص ٢٢ - ٢٣ .

(٣) البدائع ، ح ٦ : ٢١ - ٢٢ ؛ الهداية ، ح ٣ : ١٠٩ ؛ الاختيار ، ح ٢ : ٥١ ،

ويرى الشافعي جواز ذلك ، انظر مفتي المحتاج ح ٢ : ٢٢١ ، وحاشية البجيرى على شرح المنهج ح ٣ : ٥٨ . وقد عرفت بتونس صيف ١٩٤٨ أنهم حين استيفاء القصاص يستحضرون صاحب الحق بالله يعفو ؛ ولا أدري أذلك واجب عندم أم هو تقليد جميل .

٤- تصرف الوكيل

٥٠٦- وتصرفات الوكيل لا تكاد تنحصر ، ما دام الموكل يوكل فيما يحتاج إليه ، والحاجات عديدة ليس من الممكن حصرها ؛ وإذا فلنتكلم من ذلك على التصرفات المهمة التي يجرى التوكيل عادة فيها .

٥٠٧- (١) من أهم الأمور التي يجرى فيها التوكيل ، التوكيل بالخصومات والقضايا ، أمام المحاكم وما إليها من دور العدالة . وهنا نجد أن الوكيل بالخصومة ، مثل المحامي ، يملك كل ما يتعلق بها ، وما لا بد منه فيها . ومن ذلك الإقرار على موكله عند الأحناف ما عدا الإمام زفر^(١) ، والشافعي مع زفر في هذا^(٢) .

يرى هذان أن التوكيل بالخصومة معناه التوكيل بالمنازعة ، والإقرار مسألة ، فلا يملك الوكيل ؛ وبخاصة أن الوكيل يعمل لصالح موكله ، والإقرار ليس من صالحه^(٣) .

أما الإمام أبو حنيفة وصاحبه ، فيختلفون عن زفر والشافعي في الأساس . إنهم يرون أن مهمة الوكيل بيان الحق وإثباته ، لا المنازعة فقط ، وهذا الحق قد يكون إنكاراً لدعوى الخصم ، وقد يكون إقراراً . فإذا أقر على موكله ، كان ذلك دليلاً على أن هذا هو الحق ، وإذا ، فينفذ على الموكل طبعاً . إلا أن هذا الإقرار يصح إذا كان في مجلس اتقضاء عند الطرفين ، وعند أبي يوسف يصح فيه وفي غيره^(٣) . وكذلك يملك الوكيل بالخصومة قبض المال الذي يُحكّم به موكله عند الإمام وصاحبيه ؛ لأن هذا من تمام الخصومة ، ولا تنتهي إلا به ، فيعتبر موكلاً فيه . وعند زفر لا يملك القبض ؛ لأن من يكون ثقة وكفئاً لتقاضى والخاصمة ، ربما لا يكون أميناً في قبض الحقوق^(٤) .

(١) البدائع لكاساني ، ٦ : ٢٤ ؛ الهداية ، ٣ : ١٢١ .

(٢) البدائع ، ٦ : ٢٤ - ٢٥ . ونلاحظ هنا أن التوكيلات التي تصدر للمعامين ينص فيها على أن للمعامي الإقرار والإنكار الخ ، كما ينص فيها أحياناً على أن له قبض ما يثبت للموكل من حقوق .

ومما يتصل بذلك ، أن يكون المرء وكيلًا عن آخر في أخذ عقار بالشفعة ،
لثبوت الحق له فيها ، أو ردّ مبيع بالعيب الذي يُجيز له ردّه ، أو في قسمة بعض
ما يملك الموكل على الشيوع — في كل هذه الحالات وأمثالها ، يملك الوكيل
الخصومة ؛ لأنه قد يضطر إليها لإتمام ما وُكِّل فيه ^(١) .

٥٠٨ — ب) وفي الوكالة بالبيع يتقيد الوكيل بما يراه الموكل ؛ فإن خالفه
لا يكون تصرفه صحيحًا إلا إذا أجاز له الموكل ، أو كان خلافه إلى ما هو خير للموكل .
وإذا ، إذا وكل إنسان آخر ببيع داره بألف جنيه مثلا ، وبألا يكون الثمن
مؤجلا ، فباعتها بأقل أو بألف مؤجلة كلها أو بعضها ، كان البيع غير نافذ إلا إذا
أجاز له الموكل ، وهذا مما لا خلاف فيه . ومعنى هذا أن يكون البيع صحيحًا موقوفًا
عند الأحناف ، لكنه يكون باطلا عند الشافعي ^(٢) .

أما إذا كان الخلاف إلى ما هو خير ، كالبيع بأكثر من الثمن المطلوب ، أو بضمن
حال ، على حين أن الموكل أجاز له تأجيل الثمن ، فإن التصرف يكون طبعًا صحيحًا
نافذًا . لأنه — كما يقول السكاساني — إن كان خلافا صورة ، فهو وفاق معنى ؛
لأنه أمر به دلالة ^(٣) .

هذا إذا كانت الوكالة بالببيع مقيدة ، بضمن أو صفة في الثمن ؛ فإن كانت مطلقة ،
فلو وكيل أن يبيع بضمن عاجل أو آجل ، وبالقليل والكثير حتى بالغبن الفاحش ،
عند الإمام ، وإلا لما كان معنى لإطلاق الحرية لوكيل ، فقد يرغب إنسان في

(١) البدائع ، ٦ : ٢٥ .

(٢) المغني ، ٢ : ٢٢٩ ، وهذا عام في البيع والشراء . وانظر أيضاً في هذا ، شرح
المنهج وحاشية البجيرمي ، ٣ : ٦٨ — ٦٩ . وينظر في بيان حكم تصرفات الوكيل بالببيع عند
الأحناف إلى البدائع ، ٦ : ٢٧ — ٢٨ ؛ الهداية ، ٣ : ١١٧ — ١١٩ ؛ وإلى غير
هذا من المراجع المعروفة في باب الوكالة . وينظر عند الشافعية إلى نهاية المحتاج ، ٤ : ٢٣
وما بعدها ؛ مغني المحتاج ، ٢ : ٢٢٣ وما بعدها ؛ وغير هذين من المراجع المعروفة . ويرجع
عند الحنابلة إلى كشف القناع ، ٢ : ٢٣٩ وما بعدها .

(٣) البدائع ، ٦ : ٢٧ ؛ الهداية ، ٣ : ١١٧ .

التخلص من بعض ما يملك يبيعه ، ولو بغبن فاحش غير متعارف . وعند صاحبه ، ليس للوكيل مهما أطلقت الحرية له أن يبيع بما لا يتغابن الناس عادة فيه ولا بالتسيسة ؛ فذلك شأن التجارات بعامة ، وهو ما يتطلبه مصلحة الموكل . وكون التوكيل بالبيع مطلقا غير مقيد بضمن ، معناه انصرافه إلى البيع المتعارف ، والبيع بغبن فاحش لا يتعارفه التجار ، فلا ينصرف التوكيل إليه ، كما هو الأمر في الشراء^(١) .

وإذا كان الإمام يوسع من تصرفات الوكيل بالبيع ، ويخالفه في هذا صاحبان فإن الأمر ينعكس في حالة أخرى . ذلك أن الوكيل بالبيع ليس له عند أبي حنيفة أن يبيع من نفسه ولا زوجته أو أبيه أو جده أو ولده أو ولد ولده ، وعندهما يجوز إذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر^(٢) .

أما في البيع من نفسه ، فالسبب في عدم جوازه عند الإمام أنه يصير إذا مطالبا ومطالباً ، مادامت حقوق العقد ترجع إليه ، أى يكون في زمن واحد متسلما ومسلما ، وهو غير معقول ، فضلا عن التهمة . وفي البيع من زوجته وأصوله وفروعه ، يرجع السبب عنده إلى التهمة التي تكون عادة في مثل هذه الحالات . ونحن لا ندرى كيف تكون التهمة حاصلة إذا كان البيع بضمن المثل ، لا أقل ؛ أما التسليم والتسلم فيمكن أن يقوم بهما معا الوكيل كما يحدث كثيرا .

وجاء الشافعي وسطا بين الرأيين ، فأجاز أن يبيع لأبيه وابنه البالغ ، ومنع البيع — كالشراء — من نفسه وولده الصغير ونحوه ممن تحت ولايته^(٣) .

٥٠٩ — (ح) وتصرف الوكيل بالشراء في الحكم مثل تصرف الوكيل بالبيع ، من التقيد بما يقيد به الموكل ، من ناحية الثمن وصنف المشتري ونوعه وصفته ، أو الإطلاق له إذا لم يكن هناك تقييد في الوكالة . فإذا خالف الوكيل في شيء مما

(١) الشافعي هنا مع صاحبه ، المغنى ٢ : ٢٢٤ ؛ النهاية ، ٤ : ٢٣ — ٢٤ .

(٢) البدائع ، ٦ : ٢٨ ، الهداية ، ٣ : ١١٧ .

(٣) مغنى المحتاج ، ٢ : ٢٢٤ — نهاية المحتاج ، ٤ : ٢٦ — ٢٧ .

قيده به الموكل ، كان تصرفه غير نافذ على الموكل ، ووقع الشراء للوكيل نفسه ، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء^(١) .

والسبب في هذا ، أن هناك فرقاً بين الحكم على تصرفات الوكيل إذا كان وكيلاً بالبيع وبينه إذا كان وكيلاً بالشراء ، وهذا السبب يرجع للفرق بين طبيعة كل من الصليين .

الوكيل بالشراء قد يُتَّهم بأن كان يريد الشراء لنفسه ، فلما تبين أنه غيب فيه غيباً فاحشاً أظهر أنه يشتري باسم موكله ، ولهذا اتفق الإمام وصاحبا على أنه لا يجوز شراؤه للموكل إلا بما يتغابن الناس فيه ، إذا لم يعين الموكل ثمناً لما يريد شراؤه ؛ في حين أن الإمام يبيح ذلك باسم الموكل ، إذا كان الأمر امر توكيل في البيع لا في الشراء^(٢) .

وأيضاً ، الوكيل بالشراء ، من الممكن أن يلتزم ، عند عدم موافقة الصفقة للموكل ، أن يجعل الشراء لنفسه . ولهذا يكون « الأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشترياً لنفسه ، والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على إجازة الموكل^(٣) » ؛ أي إذا أجاز البيع جاز ، وإلا بطل كما تقدم ذكره .

وكما قلنا ، فيما يختص بالوكيل بالبيع ، بأن الإمام يرى — وبخالفه في ذلك أصحابه — أنه ليس له أن يبيع من نفسه ، أو زوجته ، أو أبيه أو جدّه ، أو ولده ، أو ولد ولده — كذلك الأمر في الوكيل بالشراء ؛ فليس له أن يشتري من هؤلاء ،

(١) البدائع ، ج ٦ : ٢٩ . وعند الشافعية ، انظر مثلاً معنى المحتاج ج ٢ : ٢٢٩ . وعند الحنابلة أن الوكيل إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل أو الثمن الذي قدره له الموكل ، بما لا يتغابن الناس فيه عادة صح الشراء للموكل وضمن الوكيل الزيادة ، كشف القناع ، ج ٢ : ٢٤١ والبيع كالشراء في محته وضمن الوكيل النقص في الثمن ، أما ما يتغابن فيه الناس عادة فعفو لا يضمنه ، المرجع نفسه ص ٢٤٠

(٢) البدائع ج ٦ : ٢٧ ؛ الهداية ، ج ٣ : ١١٥ ، ١١٧ . وانظر عند الشافعية ، نهاية المحتاج ج ٤ : ٢٤ ؛ البجيرمي على التهج ، ج ٣ : ٦٢ .

(٣) البدائع ، ج ٦ : ٢٩ . وانظر الاختيار أيضاً ، ج ٢ : ٥٣ .

وكل من لا تقبل شهادته لم ، لمكان التهمة في ذلك ، والصاحبان يميزان هذا ، إذا كان الشراء بمثل القيمة ، أو أقل ، أو بزيادة يتعارفها التجار^(١) .

ومن صور الخلاف بين الوكيل بالبيع ، والوكيل بالشراء ، عند الإمام وصاحبيه ، أن الوكيل في بيع شيء يضره التبعض ، كعبد أو دار مثلا ، فباع النصف فقط ، كان ذلك جائزا عند الإمام ، بلا توقف على رضا الموكل وإجازته ، وعندهما لا يجوز إلا بإجازة الموكل نفسه ، أو يبيع النصف الثاني دفعا للضرر عن الموكل . أما لو كان التوكيل بالشراء ، فاشترى النصف فقط ، لم يلزم هذا الشراء الموكل ، إلا إن أجازته أو اشترى الباقي^(٢) .

يرى الصاحبان أنه لا فرق بين البيع والشراء عرفا وعادة ، والمهم هو وجوب دفع الضرر عن الموكل — إلا إن رضى به — الذي يكون بالشركة في الأعيان ، أي فيما يضره التجزئة . أما أبو حنيفة ، فيفرق بين الوكالة بالبيع والوكالة بالشراء ، كما رأينا من قبل . ونظن أن الحق هو كما رأى الصاحبان ، أي لا فرق بين الوكالة بالبيع والوكالة بالشراء في ذلك .

٥١٠ — د) بقى بعد ما تقدم ، الوكالة في الزواج والطلاق ، والإجارة والرهن ونحو ذلك مما تستلزمه إدارة الأموال وفي هذا كله يتقيد الوكيل بما يقيد به الموكل وليس له أن يتصرف بما فيه ضرره ، ولا تعطيل في الكلام في ذلك فهو معروف .

٥١١ — هـ) ومما يدخل في تصرفات الوكيل ، أنه قد يباشر بنفسه ما وكل فيه ، وقد يتركه لغيره يقوم به عنه ، فهل له ذلك دائما ؟

ليبان هذا ، نذكر أن الوكالة إن كانت مقيدة بأن يعمل الوكيل بنفسه ، فليس له توكيل غيره فيما وكل فيه . وإن أطلق له الموكل في ذلك ، بأن أذنه أن يقوم بما

(١) البدائع ، ٦ : ٣١ ؛ الهداية ، ٣ : ١١٧ . وانظر عند الشافعية ، فضلا عما تقدم البجيرى على المنهج ، ٣ : ٦٣ — ٦٤ فيما يختص بالبيع .

(٢) البدائع للسكاساني ، ٦ : ٢٧ — ٢٨ ؛ الهداية ، ٣ : ١١٨ .

وكل به على الوجه الذى يراه ، كان له توكيل الغير ، ويكون هذا الغير حينئذ وكيلًا معه عن الموكل^(١) . وهذا ما يجرى اليوم عادةً فى توكيلات المحامين ، إذ ينص فى عقد التوكيل على أن للمحامى الوكيل أن يوكل غيره معه فى كل ما وُكِّل فيه أو بعضه .

وللشافعية والحنابلة تفصيل فى ذلك : إنهم يقولون : ليس للوكيل أن يوكل فيما وُكِّل به بلا إذن الموكل ، متى كان قادراً على ما وُكِّل فيه . أما إذا لم يكن قادراً على القيام بكل ما وُكِّل فيه — لكثرة التى تجعله عاجزاً عن القيام به كله ، أو لأن بعض ما وُكِّل فيه لا يليق به القيام به — كان له أن يوكل غيره حينئذ ، ويكون هذا الوكيل الثانى وكيلًا معه عن الموكل ، فينعزل بعزله ، إلا إن قال الموكل : وُكِّلَ عنك حين الحاجة ، فيكون الثانى وكيلًا عن الأول فينعزل بعزله وموته ونحو ذلك . ومعنى هذا أنه يكون وكيلًا عن الموكل الأول عند الإطلاق ، أى عند التصريح له بالوكالة دون أن يقول عنى أو عنك^(٢) .

٥١٢ - تعدد الوكلاء :

٥١٢ - والوكيل كما يكون واحداً ، قد يكون متعدداً ، كما يحدث فى كثير من القضايا عن الشخص الواحد . فإن وكل إنسان وكلاء متعددين ، كلاً فى عقد خاص ، وأعمال خاصة ، كان للواحد منهم أن يقوم بما وكل فيه وحده دون حاجة لاستشارة غيره . وإن كانت هذه الوكالة لعمل واحد ، كان لأى من الوكلاء القيام به وحده كذلك ، وحينئذ تنتهى وكالة الآخرين .

أما إن كانت الوكالة للجميع فى عقد واحد ، فليس لأحدهم — دون إذن الموكل —

(١) راجع ، مثلاً ، الهداية ، ٣ : ١١٩ — ١٢٠

(٢) انظر عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، ٤ : ٢٨ — ٣٠ ؛ وعند الحنابلة ، كشف القناع

٢ : ٢٣٤ — ٢٣٥ . وهنا ينبغي أن نبين أن الشافعية يقيّدون صحة توكيل الوكيل فيما زاد على طاقته ، أو فيما لا يحسنه ، أو لا يليق به ؛ لأن هذه الحالات هى موضع الحاجة ، لا فى غيره (ص ٢٩ نهاية) ، وكل هذا طبعاً ما لم يأذن له الموكل .

الانفراد بالقيام بما وكلوا فيه . لأن الموكل ما وكلهم مجتمعين إلا لقصد التعاون والاستشارة فيما بينهم ضماناً لصالحه^(١) .

إلا أنه يجب أن نُخرج من هذه القاعدة العامة ، الأعمال التي لا تحتاج لأخذ الرأي ، والأخرى التي لا يمكن الاجتماع فيها . الأولى ، مثل ردّ الودائع ، وقبض الديون وإيفائها . والأخرى ، مثل القيام بالمرافعة فعلاً أمام المحكمة^(٢) . أما إعداد المذكرات المرافعة بها ، فيمكن طبعاً الاجتماع بشأنها وإعدادها معاً ، كما يمكن تقسيم الدفاع على المحامين المؤكّلين فيما بينهم ، فيقوم كل بقسم منه . وهذا ما يجري عادةً .

حكم العقد ومفوقه :

٥١٣ — وحكم العقد وحقوقه ، لمن ترجع ؟ هنا ، لابد من بيان : ما المراد بالحكم ؟ وما المراد بالحقوق ؟ ثم يكون الكلام بعد ذلك على من ترجع إليه .

يراد بحكم العقد ، الغرض والغاية منه . ففي عقد البيع والشراء ، يكون الحكم هو ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع ، وفي عقد الإجارة ، الحكم هو ملك منفعة العين المستأجرة للمستأجر ، وملك المؤجر ملك العين الأجرة . وهكذا ، في العقود الأخرى .

أما حقوق العقد ، فهي الأعمال التي لابد منها للحصول على حكمه . مثل تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، والرد بالعيب ، أو خيار الرؤية أو الشرط ، وضمان رد الثمن إذا استحق المبيع مثلاً . ومثل تمسكين المستأجر من تسليم العين التي استأجرها للانتفاع بها ، وضمان وصول الأجرة للمالك المؤجر ، وهكذا من ضروب الحقوق الأخرى التي تختلف طبعاً باختلاف العقود .

٥١٤ — بعد هذا وذاك ، نقول كان الواجب أن ترجع أحكام العقد وحقوقه

للوكيل ، ما دام ركن العقد هو الإيجاب والقبول ، وهما يصدران من الوكيل متى قام به ، فيعتبر أصلاً في العقد . لكن الضرورة تقضى ، بأن ترجع الحقوق وحدها — لا الأحكام — إليه دون الموكل ، ما دام الذى صدر منه ركن العقد لا يعتبر عن اسمه .

بهذا تنطق كتب الأحناف جميعها بلا استثناء ، وفي هذا يقول الزيلعى مانصه « الوكيل أصل في العقد ؛ لأن العقد يقوم بالكلام ، ووجه كلامه باعتبار كونه آدمياً عاقلاً ، فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف واقماً له . غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم ؛ جعلناه نائباً في حق الحكم للضرورة كي لا يبطل مقصوده . وراعينا الأصل في حق الحقوق ، إذ لا ضرورة في حقها . والدليل على أنه أصل في العقد ، استغناؤه عن إضافته إلى الموكل ؛ ولو كان سفيراً كما زعم [يريد الشافعى] لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول والوكيل بالنكاح وأخوانه »^(١) .

وليست العقود في هذه المسألة ضرباً واحداً ؛ بل إن منها ما ترجع حقوقه للوكيل ، ومنها ما ترجع حقوقه للموكل . أما الأحكام ، فترجع للموكل في كل العقود بلا تفرقة بين عقد وعقد آخر .

٥١٥ — وتفصيل الكلام في ذلك أن العقود التى يصح إضافتها إلى الوكيل كالبيع والشراء والإجارة والصلح فى المنازعات المالية ونحو ذلك كله ، ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل دون الموكل ، حتى لیسكون المالك فيها كالأجنبي ، ويكون الوكيل كأنه المالك^(٢) .

وإذا ، الوكيل هو الذى له حق مطالبة المشتري بالثمن ، وليس ذلك للموكل إلا بإذن الوكيل وأمره ، فلو طالب الموكل المشتري بالثمن فى هذه الحالة لا يجبر على تسليمه له ، غير أنه إن سلمه له برىء استحساناً وكذلك الوكيل هو

(١) ح ٤ : ٢٥٦

(٢) يرجع فى هذا كله ، للبائع ، ح ٦ : ٣٣ . الزيلعى ، ح ٤ : ٢٥٦ — ٢٥٧

الهداية ، ح ٣ : ١١١

المطالب بتسليم المبيع للمشتري ، وإذا استحق المبيع كان للمشتري مطالبة الوكيل لا الموكل ، إلا إذا كان دفع الثمن له مباشرة . وإذا وجد المشتري المبيع معيباً ، كان خصمه في هذا الوكيل لا الموكل . فالوكيل بالشراء هو الذي يطالب المشتري بالثمن وهو الذي يقبض المبيع ، وهو الذي يرجع بالثمن على البائع إن استحق المبيع . وهكذا ، في العقود المشابهة لعقد البيع والشراء ، كالإجارة والرهن والقرض^(١) .

٥١٦ — وأما العقود التي لا يمكن أن يضيفها الوكيل إلى نفسه ، مثل الزواج والطلاق على مال ، وانحلال الصلح عن دم العتد ونحوها ، فالحقوق فيها كلها ترجع للموكل دون الوكيل ، الذي ليس في هذه العقود إلا سفيراً ومعبراً محضاً عن الموكل . ويترب على ذلك ، أنه ليس للزوجة أن تطالب وكيل الزوج بالمهر ، بل تطالب الزوج نفسه ، إلا إذا ضمن وكيل الزوج المهر ، فلها أن تطالبه به بحكم ضمانه ، لا وكالته . وكذلك لا يملك وكيل الزوجة قبض المهر ، والوكيل بالخلع لا يطالب ببذله إن كان عن الزوجة إلا إذا ضمنه ، ولا يطالب به إن كان عن الزوج . والوكيل بالصلح ليس له أن يطالب ببذله ، إن كان وكيلاً عن المدفوع له أو الدافع^(٢) .

٥١٧ — هذا عند الأحناف . أما عند الشافعية ، فقد ذكرت كتب الأحناف أنهم يخالفونهم فيجعلون حقوق العقود — التي ترجع للوكيل عند الأحناف — ترجع للموكل نفسه دون الوكيل ، كأحكامها ، وحقوق العقود الأخرى ، التي ترجع عند الأحناف أيضاً للموكل نفسه كالزواج ونحوه^(٣) .

إلا أنه بالرجوع لكتب الشافعية أنفسهم ، نتبين أنهم يجعلون حقوق الضرب

(١) يرجع في هذا كله للبائع ، ٣٣ : ٦ ، الزيلعي ، ٤ : ٢٥٦ — ٢٥٧ ؛ الهداية ، ٣ : ١١١ .

(٢) يرجع في ذلك إلى البائع ، ٣٣ : ٦ ، الزيلعي ، ٤ : ٢٥٩ ؛ الهداية ، ٣ : ١١١ .
قارن هذا بما جاء في : أحكام المعاملات الشرعية ص ٣٢٩ من الطبعة الثالثة ؛ الملكية ونظرية العقد ص ٣٢٦ — ٣٣٧ ، ص ٣٤٩ .

من العقود التي هي موضوع النزاع ترجع للوكيل لا للموكل مثل الأحناف تماماً ، وإن كان بعض هذه المراجع يذكر هذه الحقوق تحت عنوان « أحكام » ، ولكنها تريد بكلمة « أحكام » الحقوق بلا ريب ، بدليل التمثيل لها بما لا يدع موضعاً للشك أو النزاع .

ففي المنهاج وشرحه اشمس الدين الرملي أن أحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل ، فيعتبر الوكيل دون الموكل في الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتقابض في المجلس ، فيما يشترط فيه ذلك . وإذا اشترى الوكيل ، طالبه البائع بالثمن ، وإذا استحق المبيع رجع المشتري على الوكيل بالثمن ما دام قد دفعه له ، ثم يرجع الوكيل على الموكل ، وإن كان للمشتري الرجوع ابتداء على الموكل نفسه في الأصح^(١) . وفي معنى المحتاج للشريين الخطيب ، شرح المنهاج أيضاً ، مثل ذلك تماماً^(٢) . وكذلك الأمر ، في منهج الطلاب وحاشية البجيرمي عليه^(٣) .

اللبس جاء إذاً من إطلاق الشافعية لفظ « أحكام العقد » ، ويريدون به حقوقه ؛ فحذف الأمر على الناقلين الأصلاء عن مراجع الشافعية ، ثم على من اعتمد هذا النقل من الكتاب الأحناف المتأخرين والمعاصرين !

٥١٨ - أما الحنابلة ، فإنهم يرون - وهنا لا محل للشك - أن حقوق

العقد ترجع للموكل نفسه ، كما يرجع إليه حكمه ، لأنهم لا يعتبرون الوكيل إلا معبراً وسفيراً عن العاقد الأصيل ، فلا يرجع إليه حكم العقد ولا حقوقه . وقد مثلوا لهذه الحقوق بما لا يخرج عن تمثيل الأحناف لها ؛ مثل تسليم الثمن ، وقبض المبيع ، وضمان الدرك ، والرد بالعيب ونحوه^(٤) .

هذا ، والأحناف حين يرجعون حقوق العقد للوكيل دون الموكل ، يشترطون

(١) نهاية المحتاج ، ٤ : ٣٧ - ٣٨ .

(٢) ٢٣٠ : ٢٣١ .

(٣) ٧١ : ٣ .

(٤) كشف القناع ، ٢ : ٢٢٨ .

أن يكون الوكيل من « أهل العهدة » أى أن يكون أهلاً لأن تلزمه الحقوق ونقول نحن والشافعية معهم ، ويرتبون على ذلك ، أن الوكيل إذا لم يتحقق فيه هذا الشرط بأن كان محجوراً عليه ، ينفذ عقده الذى وكل به ، ثم ترجع الحقوق إلى الموكل نفسه لا إليه ، وذلك لقصور أهلية الصبي ، ولحق مولى العبد ، وتكون الحالة هنا كحالات الرسول والقاضى وأمين القاضى ، عندما يباشر الواحد منهم عقداً من العقود باسم الغير^(١) .

ذلك ، ونرى أن قول من يرى رجوع الحقوق إلى الموكل فى بعض العقود ، كالحنابلة ، بضيق إلى حد كبير الغرض من الوكالة والتوكيل . فإن المرء يوكل غيره فى بعض أموره كي يتخفف من عناء مباشرتها بنفسه ، أو لأنه لا يرى لنفسه أن يباشرها ، أو لأنه لا يقدر على القيام بها . فإذا جعلنا الحقوق ترجع إليه فى عقود البيع والشراء والإجارة ونحوها ، لم نحقق له الغرض الذى كان يبغيه من توكيل من يقوم بها . ولهذا نميل — بحق — إلى رأى الأحناف والشافعية فى هذه المسألة .

٥١٩ — على أنه يحسن هنا أن ننبه إلى أن العقد الذى يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع ونحوه ، يتضمن أمرين أو حقيقتين^(٢) :

(أ) أنه حين يضيفه إلى نفسه ، أصبح المتعاقد الآخر لا يعرف غيره ومن ثم رأى الفقهاء أن يجعلوا عهده وضمانه وحقوقه ترجع إليه دون الموكل ، رعاية لصالح ذلك المتعاقد الآخر

(ب) أنه مع هذا ، لم يقدم على العقد ويصدره بلسانه وعبارته . — إلا بإرادة الموكل المستور ، وإذا فهو ينوى العقد له ويقوم به بأمره ، ومن ثم جعل الفقهاء حكم العقد وغرضه والغاية منه للموكل نفسه ، لا للوكيل الذى ليس فى الواقع إلا منكباً باسمه وعاقداً العقد له ، ما دام قد استمد ولايته فى عقد منه .

(١) الزيلعى ، ٤٠ . ٢٥٧ ؛ البدائع لكاسانى ، ٦٠ : ٣٤ .

(٢) البدائع ، ٦٠ : ٣٣ — ٣٤ .

وبهذا وذاك ، لم يهمل الفقهاء الأحناف ، ومن ذهب مذهبهم ، الحقيقة الأولى ولا الأخرى . أما العقود التي يجب أن يضيفها الوكيل إلى الموكل ، كالزواج ونحوه ، لأنها لا يصح إلا أن تضاف له ، ففي إضافتها للموكل صراحة في العقد تنبيه للطرف الآخر المتعاقد معه أن الوكيل يتولى العقد لغيره ، وإذا فتكون حقوقه وعهده وضمانه راجعة حتماً للموكل نفسه .

٥٢٠ - بقي أن نتكلم على الكيفية التي بها يثبت حكم العقد للموكل في العقود التي يضيفها الوكيل لنفسه ، ففي هذا شيء من الخفاء لصدورها عن الوكيل وإضافتها لنفسه .

في هذا ، يرى الحنابلة والشافعية أن الملك في عقد البيع ، مثلاً ، ينتقل مباشرة للموكل ، ولا يكون للوكيل أولاً ثم ينتقل عنه لموكله ، ما دام الوكيل يعمل في الحقيقة لموكله وبأمره^(١) .

ويرى أبو حنيفة أنه يكون أولاً للوكيل ، ومنه ينتقل للموكل ، بدليل أن حقوقه ترجع له لا للموكل ، وأنه لو خالف الوكيل الموكل فاشتري بغير ما عين له موكله كان الشراء له ولم يصر بعد للموكل^(٢) .

ويتفرع على هذا ، أن المسلم لو وُكِّل ذمياً بشراء خمر أو خنزير لم يصح الشراء عند الأولين لأن المسلم ليس له أن يملك شيئاً من هذين ، ويصح عند أبي حنيفة ويقع للذمي الوكيل لا للمسلم الأصيل الموكل^(٣) .

هذا ما ذكره ابن قدامة في كتابه المغني ، والمعروف في مذهب الأحناف غير هذا ، فالملك عندهم يثبت ابتداءً للموكل ، دون حاجة لأن يثبت للوكيل ثم ينتقل منه للموكل . ففي متن الكنز وشرحه أن الملك ، في عقد البيع والشراء ، يقع ابتداءً للموكل ، حتى لا يعتق قريب الوكيل عليه إذا اشتراه لموكله ، كما لا يفسد الزواج إذا اشترى زوجته بالوكالة^(٤) .

(١) ، ٢ ، ٣) راجع المغني لابن قدامة ، ج ٥ : ١٣٠ . وانظر كشف القناع ج ٢ : ٢٣٨ .

(٤) الزيلعي على الكنز ، ج ٤ : ٢٥٦ .

٧ - انتهاء الوكالة :

٥٢١ - وصلنا ، أخيراً ، إلى آخر مبحث في الوكالة ، نغني انتهاء هذا العقد بم يكون ، وهذا مبحث لا بد منه في كل عقد من العقود ، وبخاصة والوكالة عقد غير لازم فلكل من طرفيه الرجوع عنه حين يشاء .
ينتهي عقد الوكالة بواحد من أمور كثيرة ، هذه أهمها :

(أ) بانتهاؤ الغرض من الوكالة ، بأن يتم التصرف الذي وكل فيه ، إذ يصبح العقد حينئذ غير ذي موضوع .

(ب) بأن يقوم الموكل صاحب الشأن نفسه بالعمل الذي وكل فيه غيره ، إذ يصبح العقد حينئذ أيضاً غير ذي موضوع فينزل الوكيل وإن لم يعلم بذلك^(١)
(ج) بعزل الموكل له ، لأن عقد الوكالة من العقود غير اللازمة كما قلنا فهو بطبيعته قابل للفسخ ، إلا أنه يجب أن يعلم الوكيل بالعزل ، وقبل العلم به تكون تصرفاته كتصرفاته قبل العزل في جميع الأحكام^(٢) . وكذلك ، ليكون العزل صحيحاً ، يجب ألا يكون قد تعلق بالوكالة حق للغير ، وإلا لم يصح العزل بغير رضا صاحب الحق . ومن مثل هذا ، وكيل المدين ببيع الرهن لسداد الدين عند حلول الأجل ، لا يملك المدين الموكل عزله إلا برضا الدائن^(٣) .

(د) موت الموكل أو جنونه جنوناً مطبقاً ، يستوعب شهراً عند أبي يوسف ، أو حولا عند محمد ، لأنه يسقط حينئذ العبادات كلها ؛ وذلك لأن التوكيل استمداد من أهلية الموكل ، وقد زالت حينئذ ، ولذلك لا يشترط هنا علم الوكيل بهذا العارض أو ذاك .

(١) البدائع ، ج ٦ : ٣٩ .

(٢) عند الشافعي ينزل وإن لم يعلم بالعزل ، الزيلعي ٤ : ٢٨٧ ؛ نهاية المحتاج ، ج ٢ : ٣٩ وزاد هنا أنه لا ينزل في قول حتى يبلغه الخبر بمن تقبل روايته ؛ وانظر أيضاً نغني المحتاج ، ج ٢ : ٢٣٢ .

(٣) البدائع لكاساني ، ج ٦ : ٣٧ - ٣٨ ؛ الزيلعي ، ج ٢ : ٢٨٧ .

هـ) وما يتصل بهذا عزل الموكل إن كان مكاتبا ، أو المحر عليه إن كان مأذونا له في التصرف ، لأنه حينئذ لم تبق له أهلية أداء يستمد منها الوكيل ولايته .

و) إذا أخرج الوكيل نفسه من الوكالة ، وهذا ما يحدث من المحامي أحيانا كثيرة بالنزول عن التوكيل إلا أنه حينئذ ، لا يخرج من الوكالة إلا إذا علم الموكل بهذا حتى لا ينفاله ضرر من ذلك ، ولم يشترط الشافعي علم الموكل بعزل الوكيل نفسه^(١) ، كما لم يشترط على الأصح علم الوكيل بعزل الموكل إياه ولعل من الحق أن نشترط في هذا أن يعلم الموكل ، حتى لا يضار كما يقول الأحناف ، وبخاصة في هذا العصر الذي كثرت فيه المشاكل واحتاج الناس للتوكيل فيها .

ز) ويذكر الفقهاء أن عقد الوكالة ينتهى أيضا بخروج الوكيل عن الأهلية بالموت أو الجنون جنونا مطبقا ، ونحن لا نرى معنى للنص على السبب الأول من هذين ، فذلك بديهي .

ح) وكذلك ينعزل الوكيل بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها بالبيع أو الشراء أو التأجير مثلا ، لأن العقد يصبح في هذه الحالة غير ذي موضوع كحالات أخرى سابقة . ومن مثل هذا ، أن يوكل إنسان آخر باستئجار دار من الدور التي هلكت في حريق القاهرة يوم ٢٦ يناير عام ١٩٥٢ المشثوم أو شرائها والأمرفي هذا واضح .

٥٢٢ - وأخيراً ، نذكر أن الوكيل أمين فلا ضمان عليه لموكله ، إلا إذا كان منه نذر أو تفريط ؛ وأن الوكالة قد تكون تبرعا من الوكيل ، وقد تكون بأجر ، وحينئذ فالموكل أن يشترط على الوكيل ألا يخرج نفسه منها إلا بعد أجل محدود ، وإلا كان عليه التعويض^(٢) .

(١) نهاية المحتاج ، ج ٤ : ٤١ ؛ مغني المحتاج ، ج ٢ : ٢٣٢ .

(٢) الوكالة هذه الأيام ، كما هو معلوم ، تكون غالباً بأجر ، والمثل كثيرة معروفة .

تصرف الفضولي

٥٢٣ - رأينا فيما تقدم أن من يتولى عقداً من العقود يكون إما أصلاً عن نفسه ، وإما ولياً ، أو وكيلاً عن غيره . لكن هناك من الناس من يتصرف في شيء ما ، أو يعتقد عقداً من العقود ، دون أن يكون له ولاية ما على القيام به ، وهذا ما يسمى بالفضولي ، والمعنى الشرعي هنا راجع للمعنى اللغوي .

ومن مثل ذلك ، الرجل يزوج أو يطلق من لم يأذن له في ذلك ، أو يبيع أو يشتري للغير ، أو يؤجر أو يستأجر لمن ليس هو وصياً أو ولياً أو قياً عليه أو وكيلاً له .

حكم هذه التصرفات :

٥٢٤ - حكم ما يتولاه الفضولي من التصرفات أو العقود ، بصفة عامة ، أن تنفذ ، ولكنها تصبح موقوفة على صاحب الشأن ، فإن أجازها جازت ونفذت ، وإلا بطلت ، لأن الإجازة اللاحقة كالإذن أو الوكالة السابقة كما يقول الفقهاء . هذا ، عند الأحناف^(١) . أما الحنابلة فيرون أن العقد لا ينعقد أصلاً ، بل هو باطل ، فلا تلحقه إجازة صاحب الشأن . وفي هذا جاء في كتاب كشف القناع ، بعد ما ذكر أن من شروط البيع أن يكون المبيع ملكاً للبائع وقت العقد : « فإن باع ملك غيره بغير إذنه ، ولو بحضوره وسكوته ، لم يصح البيع ولو أجاز المالك بعد لقوات شرطه ... أو اشترى له ، أي لغيره بعين ماله شيئاً بغير إذنه لم يصح الشراء ، ولو أجاز بعد ، لما تقدم^(٢) » .

٥٢٥ - وفي القول المشهور عند الشافعية أن عقد الفضول يقع باطلاً ، فلا يصح ،

(١) يرجع للبداية ، مثلاً ، ح ٥ : ١٤٨ وهو قول مالك ، وابن حنبل في رواية عنه . وفي قول آخر عن مالك أنه يقع موقوفاً إن كان العقد عقد معاوضة كالبيع والشراء والنكاح والإجازة وإلا كان باطلاً إذا كان عقد تبرع .

(٢) كشف القناع ، ح ٢ : ١١ - ١٢ .

ولو أجازته صاحب الشأن ، كما هو الأمر عند الحنابلة وفي قول آخر ، وهو في القديم كما حكى في الجديد أيضا ، أن عقد الفضولي يقع موقوفاً على رضا المالك ؛ فإن أجازته نفذ ، وإلا فلا^(١) .

وقد ذهب الشافعية إلى هذا الرأي ، لأن العقد عندهم متى تحقق لا يصح أن يتأخر عنه حكمه وآثاره ، بل تترتب عليه فوراً . وإذا ، فمضى وجد العقد ، وجد حكمه وآثاره ، ووجود العقد عندهم لا يتم إلا بأمرين : أن يكون العاقِدُ صاحبَ شأن ، أو نائباً عنه بوصاية ، أو ولاية ، أو وكالة ، مثلاً وأن يكون له أهلية أداء تجعل له حق مباشرة العقد . فإذا فقد أحد هذين ، وقع العقد باطلاً ، ولا قيمة حينئذٍ لإجازة صاحب الشأن من بعد ؛ لأنها لم تصادف عقداً قائماً موقوفاً فتجعله صحيحاً نافذاً . وتلك حالات الصبي ولو مميزاً ، والسفيه ومن إليهما ؛ لفقد عنصر الأهلية ، أو نقصانها فيهم ، وكذلك حالة الفضولي لأنه ليس صاحب شأن ، ولا نائباً عنه ، وإن كانت أهليته كاملة . ولهذا نجد كتب الشافعية تنص على أن من شروط البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع ، وإلا كان عقده باطلاً ، وإن أجازته المالك ، إلا في المذهب القديم فإنه يكون موقوفاً على إجازة المالك كما يرى الأحناف^(٢) .

ولعل الذي جعل الشافعية يصيرون إلى هذا المذهب ، وهو اشتراط أن يكون البائع مالكا لمحل البيع وإلا كان البيع باطلاً ، هو أيضا - فضلا عما تقدم - ما ورد في الحديث من أن حكيم بن حزام (توفي عام ٥٤ هـ وهو ابن أخى خديجة أم المؤمنين رضي الله عنها) كان يبيع ماله عنده ثم يذهب يشتريه ويسلمه للبائع ، ولما سأل الرسول صلى الله عليه وسلم عن صنيعه هذا نهاه عنه وقال له : ولا تبع ما ليس عندك^(٣) .

(١) ، ٢٠٠ (٢) يرجع إلى شرح المنهج وحاشية البجيرمي عليه ، ٢٠٠ : ١٩٧ ؛ معنى المحتاج ،

٢٠٠ : ١٥ ؛ نهاية المحتاج ، ٢٣ : ٢٠٠ .

(٣) روى هذا الحديث أبو داود والترمذي وقال إنه حسن ؛ نهاية المحتاج ، ٢٤ : ٢٠٠ ؛

معنى المحتاج ، ١٥ : ٢٠٠ .

فهذا النهى عن بيع مالا يملك الإنسان ، يدل على أنه لو باع مع هذا مالا يملكه لا ينعقد البيع نزولاً على قول الرسول وهو الشارع الذى لا ينطق عن الهوى ، ولهذا لا ينعقد شراء الفضولى أيضاً كبيعته .

٥٢٦ — أما الأحناف ومن ذهب مذهبهم ؛ من المالكية ، والحنابلة فى بعض الروايات عن أحمد بن حنبل ، فأصلهم الذى بنوا عليه مذهبهم هو أن شرط ملك المبيع أو الولاية عليه ليس شرطاً لانعقاد العقد ونفاذه معاً كما هو أصل الشافعى ، بل هو شرط للنفاذ لا للانعقاد ، ولهذا ينعقد العقد صحيحاً ولكنه يكون موقوفاً على إجازة المالك ؛ فإن أجازته نفذ ، وإلا بطل .

ويستدلون لهذا . بأن الآيات التى وردت فى جل البيع وصحته عامة ، لم يستثن منها أن يكون العاقد فضولياً . ومن هذه الآيات قوله تعالى : « وأحل الله البيع » وقوله : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وقوله : « فإذا قُضِيَتِ الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله » .

وفى هذا يقول علاء الدين الكاسانى^(١) : « شرع سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل ؛ من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الإصالة ، وبين ما إذا وُجد من الوكيل فى الابتداء ، أو بين ما إذا وُجدت الإجازة من المالك فى الانتهاء ، وبين وجود الرضا فى التجارة عند العقد أو بعده ؛ فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خُصّ بدليل » .

ثم هذا تصرف يفيد التملك ، وقد صدر ممن هو أهل لإصداره وصادف محله وهو موضوع البيع والعقد ، فأعماله أولى من إعماله . إن فى اعتبار هذا العقد صحيحاً موقوفاً صيانة أفعال العاقل — وهو هنا العاقد الفضولى — عن العبث ، وفيه مصلحة للمالك إذ ربما يعرف العاقد حاجته لبيع وأن هذه فرصة له ، وليس فيه أى ضرر

بأخذ لأن المالك له ألا يميز العقد إن لم يجد فيه فائده ، فلماذا إذاً نبطله من أساسه كما يرى الشافعي^(١) .

وبعد هذا الاستدلال بالعقل ، يجذ الأحناف ومن أخذ إخدم دليلاً من النقل قد ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعطى عمرو البارقي^(٢) ديناراً ليشتري به شاة يضحى بها ، فاشترى شاتين بالدينار ، وباع إحداها بدينار جاء به هو والشاة للرسول ، فأثنى عليه ودعاه بالبركة ، فكان — كما يقولون — لو اشترى تراباً ربح فيه^(٣) .

٥٢٧ — ولكن ، أليس لنا أن نقول بأن الأمر هنا أمر وكالة خالف فيها الوكيل إلى خير ، فلا شك حينئذ في جواز عقده ونفاذه على الموكل ، لا أمر عقد فضولي بمعنى الكلمة ؟ على أن هذه الملاحظة ، لاتمنع من القول بأن تصرف الفضولي — عقداً أو شراءً — قد يكون في حالات غير قليلة من مصلحة المالك في البيع والمشتري له في الشراء ، وهذا أمر يحدث فعلاً في الحياة العملية ، فمن الخير لهذا أن نقول بانعقاده موقوفاً على إجازة من له الإجازة .

ثم ، إن الأحناف يفرقون — مع هذا — بين حالة البيع وحالة الشراء . ففي البيع ينعقد تصرف الفضولي صحيحاً موقوفاً ، سواء أضاف الفضولي العقد إلى نفسه أم إلى المالك ، لأنه لا يمكن طبعاً أن يجد العقد سبيلاً لتنفاذ على العاقد . أما في حالة الشراء ، ففي الأمر تفصيل .

إن الفضولي إن أضاف للشراء لنفسه ، مع أنه يريد في نيته الشراء لغيره ، كان الشراء له هو نفسه إن صح أن ينفذ عليه ؛ لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان

(١) . انظر فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٣٠٩ ؛ البدائع ، ج ٥ ، ص ١٤٩ .
(٢) . هو عمرو بن أبي الجعد الأسدي ، وكان صاحب القضاء بالكوفة في عهد عمر بن الخطاب .
(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٣٩٠ ؛ وانظر البدائع ، ج ٥ ، ص ١٤٩ ، وفيه أن القصة مع حكيم بن حزام مع شيء من الاختلاف يسير ، وربما كان هناك قصتان ؛ وانظر أيضاً شرح العناية على الهداية لأكل الدين الباري ٧٨٦ هـ ، بهامش فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٣١١ .

لنفسه لا لغيره ، وبخاصة متى أضافه لنفسه في الإيجاب أو القبول حين العقد ، وكان هناك محل لينفذ له ؛ ولا فرق في هذا بين أن يجيز المشتري له العقد أو لا يجيزه ، لأن الشراء متى وجد نفاذا على العاقد نفذ عليه . فإذا لم يجد عقد الشراء نفاذاً على الفضولي ، بأن كان صبيّاً أو مجبوراً أو عبداً كذلك ، كان من الضروري أن ينعقد موقوفاً على الذي اشترى له ، فإن أجازته كانت العهدة — أي الحقوق — عليه لأنها ليسا من أهلها^(١) .

وأما إن أضاف الفضولي عقد الشراء للغير ، انعقد الشراء صحيحاً موقوفاً على إجازة هذا الغير ؛ فإن أجازته نفذ عليه ، واعتبر الفضولي وكيلًا ترجع إليه حقوق العقد ، في العقود التي ترجع حقوقها للعاقد كما مر في عقود الوكيل وتصرفاته .

٥٢٨ — ذلك ، وهذه الإجازة لها شروطها عند من يرى انعقاد عقد الفضولي موقوفاً ، وكذلك الفسخ له أوضاعه ، فما هذه الأوضاع ، وما تلك الشروط ؟

من شروط الإجازة أن يكون للعقد الصادر من الفضولي مجز حين العقد ، أي من كان يستطيع إصداره بنفسه . وإذا ، لو طلق فضولي امرأة زوج بالغ ، أو طلب شيئاً من ماله ، كان لصاحب الشأن أن يجيز هذا العقد ، وحينئذ تكون هذه الإجازة اللاحقة كالإذن أو الوكالة السابقة ؛ لأن صاحب الشأن هنا كان يستطيع أن يصدر هذه العقود بنفسها ، فيستطيع لهذا أن يجيزها بعد وقوعها . وأما لو فعل فضولي شيئاً من ذلك بالنسبة لصغير ، لا ينعقد العقد ، ولا قيمة لإجازته من الصبي أو وليه ، لأن أحداً منهما لا يملك إصدار هذه التصرفات ، فلم يكن لها مجز حين العقد .
ويترتب على هذا الشرط أن الفضولي لو أقدم على بعض التصرفات التي تجوز لولي

(١) انظر البدائع ، ٥٠ : ١٥٠ ؛ المحوى على الأشباه والنظائر لابن نجيم المصري ، وقد أخذ هذا عن جامع الفضولين لشيخ الإسلام محمود بن إسرائيل المعهور بابن قاضي سبلوانه ، ٢٣٣ : ١٠ . وفيه أن الوكيل إذا خالف في الشراء ينفذ عليه كالفضولي أيضاً . وفي مختصر الطحاوي (ص ٨٣) : « وإن اشترى رجل لرجل شيئاً بغير أمره ، كان ما اشترى من ذلك لنفسه ، أجازته التي اشتراه له أو لم يجيزه » .

الصغير ، وانعقدت موقوفة على إجازة الولي أو الصغير بعد البلوغ^(١) .

ومنها أن تكون حين وجود المتعاقدين والمالك والمبيع ؛ فلو حصلت بعد هلاك واحد من هؤلاء الأربعة ، بطل العقد ولم تعد لإجازة شيئاً^(٢) ، والسبب في هذا واضح ، بادنى تأمل .

٥٢٩ — أما فسخ العقد الصادر من الفضولي ، عقد بيع مثلاً ، فإنه قد يكون من صاحب الشأن المالك للمبيع بطبيعة الحال ، كما قد يكون الفضولي البائع قبل إجازة المالك حتى يدفع عن نفسه الحقوق التي تلزمه لو أجاز المالك ، وقد يكون أخيراً من المشتري ليدفع عن نفسه ما قد يكون من ضرر يلحقه بشرائه من غير صاحب الشأن ولا نائب عنه^(٣) .

لكن الفضولي في عقد الزواج ليس له فسخه ، لأن عقد الزواج — على خلاف عقد البيع — من العقود التي لا ترجع فيها الحقوق إلا للأصيل صاحب الشأن ولو كان العاقد وكيلاً عنه ، فهو ليس إلا سفيراً ومعبراً عن صاحب الشأن فلا ضرر عليه يتقيه بفسخ العقد^(٤) .

(١) البدائع ، ٥٠ : ١٤٩ ؛ فتح القدير ، ٥٠ : ٣١١ ؛ البجيرمي على المنهج ، ٢٠ : ١٩٧ ؛ مغني المحتاج ، ٢٠ : ١٥ ؛ نهاية المحتاج ، ٣٠ : ٢٤ .

(٢) البدائع ، ٥٠ : ١٥١ ؛ الطحاوي (المختصر) ، ص ٨٢ — ٨٣ ؛ الهداية وفتح القدير ، ٥٠ : ٣١١ .

(٣) البدائع ، ٥٠ : ١٥١ .

(٤) البدائع ، ٢٠ : ٢٣٣ ، ٥٠ : ١٥١ — ١٥٢ . وفي الهداية وشرحها فتح القدير (٥٠ : ٣١٢) : « وللفضولي ، أي في البيع ، أن يفسخ قبل إجازة المالك ، حتى لو أجازته لا ينفذ لزوال العقد الموقوف . وإنما كان له ذلك ، ليدفع الحقوق عن نفسه ، فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه ، فيطالب بالتسليم ، ويخاصم باليب ، وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه . بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ لا بالقول ولا بالعمل [كأن يزوجه أختها فيتوقف العقد الثاني أيضاً] ، لأنه معبر عن أي كناقل عبارة ، فبالإجازة تنتقل الصارة إلى المالك فتصير الحقوق منومة به لا بالفضولي ، فلا يلزمه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق » وانظر الدر المختار وابن عابدين عليه ، ٢٠ : ٣٣٧ .

٥٣٠ — هذا ، وقد نظر القانون المدني نظرة طيبة لتصرفات الفضولي ،
إذ فرض فيه حسن النية وأنه بما يقوم به من تصرفات للغير يقصد الخير لهم ، ولهذا
تقول المادة ١٩٠ منه : « تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي » .
وليس هذا إلا ما يقوله الفقهاء الإسلاميون بأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

وفي جامع الفصولين ، ١ : ٣٢٩ ، « أن الفضولي في النكاح يملك النكح فعلا لا قولاً ؛
فلو قال قبل الإجازة تنقضه لا ينتقض ، ولو زوجه أختها قبل الإجازة كان نقضاً للنكاح الأول .
وعن قاضيه أن الثاني يتوقف ، ولا يكون نسخاً للأول » .

سبب العقد •

تمهيد :

٥٣١ - عني رجال الفقه والقضاء في الغرب بهذا البحث الدقيق. العسير ، منذ عصور طويلة ، وكان من هذه العناية ومما امتازوا به من الروح التحليلية والفلسفية ، أن تكونت عندهم نظرية لسبب العقد أو الالتزام . نجد ذلك لدى الرومان في عصورهم المختلفة ، ولدى الفرنسيين وغيرهم في الزمن القديم والحديث ، ثم لدى رجال القانون في مصر متأثرين ومستلهمين رجال القانون في الغرب ^(١) .

وليس يعني هنا تتبع هذه النظرية في أصاها وتطورها حسب الزمان والمكان لدى فقهاء الغرب ، ولكن الذي يهمنا هنا هو محاولة بيان ما قد يكون من الثغرات فقهاء الإسلام لاعتبار سبب صحيح للعقد ، ليرتب عليه أثره شرعاً ، ومقدار عنايتهم بذلك .

تعريف السبب :

٥٣٢ - لفقهاء المسلمين منهجهم الخاص في البحث ، وهو منهج عملي يقوم على الاستقراء والتحليل أكثر مما يقوم على التركيب بإدخال الجزئيات تحت نظرية عامة ، وقد لمسنا فيما سبق هذه الخاصة المنهجية لديهم .

• آثرنا أن نذكر من هذا البحث والذي يتلوه ، وهو عيوب العقد ؛ لأن فقد السبب الصحيح في عقد من العقود ، وكذلك وجود عيب فيه ، قد يؤدي إلى عدم صحة العقد أو عدم لزومه . أي ، إن وجود السبب وعدم العيب في العقد ، يعتبر كل منهما إما شرط صحة وإما شروط لزوم حسب الأحوال .

(١) يرجع في ذلك إلى النظرية العامة للموجبات والعقود في الفريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور صبحي محصاني ، ص ٢٨ : ٨٣ وما بعدها ؛ الوسيط للأستاذ السنبوري ، ص ٤١٧ وما بعدها ، ٤٢٤ وما بعدها ، ٤٣٥ وما بعدها ، ٤٧١ وما بعدها . وانظر ، في نظرية السبب بصفة عامة ، الأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزامات في القانون المدني المصري . مطبعة مصر عام ١٩٤٥ م ، ص ١٦٦ وما بعدها .

على أنه إن فات هؤلاء الفقهاء بحث « السبب » باعتباره نظرية عامة في الفقه ، لم يفتهم بحثه في علم أصول الفقه ، وكانوا بحاجة لهذا البحث ما دام السبب الصحيح يعتبر شرطاً لا بد منه في العقد والالتزام ، إن لم نقل يعتبر من الأركان ، وبخاصة وهو يعم جميع أبواب الفقه من عبادات ومعاملات ، فكل منها لا بد له من سبب شرعي يختلف باختلاف العقود والتصرفات .

ونستطيع من أول الأمر أن نعرف السبب ، في باب العقود ، بأنه « الغرض المباشر المقصود في العقد » ، وذلك أخذاً من كلام الأصوليين ومما يطلقون عليه كلمة : سبب أو غرض أو مقصد .

٥٣٣ - ذلك ، بأنه من أصول الشريعة الإسلامية : « أن كل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض ، حسناً كان أو قبيحاً ، مطلوب الفعل أو الترك أو غير مطلوب شرعاً »^(١) . ولذلك ، « قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن المقصود في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته . بل ، أبلغ من ذلك ، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحايلاً ونحريراً ، فيصير حلالاً تارة وحراماً تارة باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة باختلافها »^(٢) .

ونتيجة هذا كله ، أن يكون لكل فعل أو تصرف أو عقد غرض أو سبب يجب قصده ، و « أن كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع » كما يقول القرافي ، أو كما يقول في موضع آخر ، « كل تصرف كن ، من العقود كالبيع أو غير العقود كالتعزيرات ، وهو لا يحصل مقصوده ، فإنه لا يشرع ويبطل إن وقع » الخ^(٣) .

(١) : الموافقات للشاطبي ، ٢ : ٢٢٧ .

(٢) : إعلام المتولين ، ٣ : ٩٦ .

(٣) : كتاب الفروق ، ٣ : ١٧١ ، ٢٥٤ .

معاني السبب

٥٣٤ — على أن السبب يطلق بإطلاقات عديدة مختلفة فيما بينها فلا يصح خلط بعضها ببعض ، إذ لكل منها معنى خاص ربما لا يكون هو المراد هنا ، وهذه الإطلاقات أو المعاني هي ^(١) :

(أ) ما يحل به أو يحرم المال وغيره من موضوعات العقود ، من البيع والإجارة والزواج وغير ذلك من العقود ؛ فالعقود على ذلك تعتبر أسباباً ظاهرة لحل موضوعاتها أو حرمتها .

(ب) الفعل المباشر الذي يؤدي إلى نتيجة ما ، كالرمي بالسهم أو الرصاص ، فإنه يعتبر سبباً لما ينتج عنه من القتل ، وإن كان هذا قد حدث بالإصابة فعلاً لا بمجرد الرمي الذي قد يخطئ هدفه ، فهو على التحقيق سبب لعملة القتل ومنه حفر البئر الذي يعتبر سبباً لموت من يتردى فيه ، وإن كان السبب الحقيقي هنا هو التردى في البئر لا حفره ، ولكن لما حدث الملاك عنده سبباً .

(ج) ما يحسن إضافة الحكم إليه ، مثل ملك النصاب يعتبر سبباً للزكاة دون حوّلان الحوّل عليه ، وإن كان هذا شرطاً لا بد منه لوجوب الزكاة ؛ فهنا ملك النصاب هو السبب لوجوب الزكاة ، ومرور العام على هذا الملك شرط ضروري لوجوبها .

٥٣٥ — وبعد الغزالي المتوفى عام ٥٠٥ هـ ، نجد غيره من الأصوليين قد تكلموا في السبب وما يطلق عليه في اللغة ، ثم ما يراد به في أصول الفقه ؛ وفي منزله من الحكم الشرعي . ومن هؤلاء سيف الدين الأمدى المتوفى عام ٦٣١ هـ إذ يقول : « والسبب في اللغة عبارة عما يمكن التوصل به إلى مقصود ما ، ومنه سمي الحبل سبباً والطريق سبباً لإمكان التوصل بها إلى المقصود ، وإطلاقه في اصطلاح المشرعين

(٤) راجع في ذلك ، المستفيض للغزالي ، ج ١ : ٩٣ - ٩٤ .

على بعض مسمياته في اللغة وهو : كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعى على كونه مُعرِّفاً لحكم شرعى^(١) .

ومن هؤلاء الأصوليين أيضاً ، أبو إسحاق الشاطبي المتوفى عام ٧٩٠ هـ ، إذ يذكر أن المراد بالسبب ما وضع شرعاً لحكم ، لحكمة يقتضيها ذلك الحكم ؛ كما كان حصول النصاب سبباً في وجوب الزكاة ، والزوال [أى وقت الظهر] سبباً في وجوب الصلاة ، والسرقة سبباً في وجوب القطع ، والعقود أسباباً في إباحة الانتفاع أو انتقال الأملاك ، وما أشبه ذلك^(٢) .

واضح مما تقدم ، أنه لا يراد بالسبب ، الذى نحن الآن بصدد بحثه في العقد . شئ من هذه المعانى التى يطلق السبب عليها بصفة عامة في اللغة وأصول الفقه . وإنما المراد هنا ما سبق أن ذكرناه من أنه الغاية أو الغرض المباشر المقصود في العقد أى الذى دفع المتعاقدين إلى عقده ، وهذا المعنى واضح من الشذرات التى نقلناها عن الفقهاء أول الأمر عندما أردنا تعريفه . ونعتقد أنه من الواضح أيضاً أن « نظرية السبب » ، التى يمكن — بشئ غير قليل من الجهد — استخلاصها من الفقه الإسلامى ، تقوم على وجوب تعرّف إرادتى طرفى العقد والغرض أو المقصد الذى يهدفان إليه بالعقد .

التصرف المجرد

٥٣٦ — إذا كان لايد في العقد أو التصرف الشرعى من سبب كما رأينا ، وهو القصد أو الغرض منه ، فهل يعتبر الالتزام بلا سبب يوجبه التزاماً مجرداً عن السبب مطلقاً فلا يجب الوفاء به ؟ ومن مُثل ذلك الوعد بشئ لفلان من الناس ، سواء أكان ذلك الشئ عملاً من الأعمال ، أم تبرعاً بمبلغ من المال ، مثلاً .

قد استطاع برغم المعارف بأن هذا وعد مجرد عن السبب ، القول بأنه وعد أو تصرف يستند إلى سبب شرعى^(٣) ؛ وإذا يجب الوفاء به فى رأى بعض الفقهاء ،

(٢) المواظبات ، ١ : ١٨٥

(١) الإحكام ، ١ : ١٨١

(٣) السبب هنا ، هو نية التبرع من الواعد رغبة في الثواب بمساعدة من بذل له الوعد .

خلافًا للآخرين الذين هم الكثرة الكاثرة ، ولعل الأولين نظروا إلى قوله تعالى ^(١) : « يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون ، كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ » ، ثم إلى قول الرسول : « آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا ائتمن خان » ؛ وقوله : « وَآيُ الْمُؤْمِنِ حَقٌّ وَاجِبٌ » ^(٢) .

٥٣٧ — وقد عرض ابن حزم لمسألة الوعد ، وأنه ملزم أو غير ملزم ، فذكر أن من وعد غيره بشيء من المال أو بإعانتته في عمل ، لا يلزمه الوفاء بما وعد ، وإن كان الأفضل أن يفي به ، وسواء أدخله بذلك في نفقة أم لم يُدْخَلْ ، كمن قال : تزوج فلانة وأنا أعينك في صداقها بكذا ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وداود بن علي شيخ أهل الظاهر . وقال مالك لا يلزمه شيء من ذلك ، إلا أن يُدْخَلْ بوعده ذلك في كلفة فيلزمه ويقضى عليه . وقال ابن شبرمة ، من أصحاب المذاهب الفقهية المندثرة ، الوعد كله لازم ، ويقضى به على الواعد ويحبر ^(٣) .

وبعد أن ناقش مذهب مالك ، وبين أنه — في رأيه — لا بُرْهَانٌ يَقْضِيهِ ، من قرآن أو سنة ولا قول صاحب ولا قياس ، ردًا أيضًا على مذهب ابن شبرمة ومن قال بقوله في أن الوعد ملزم لصاحبه وإن لم يترتب عليه كلفة أو ضرر بالموعد له ، ثم انتهى من ذلك كله إلى أن قال : « فلا يكون فرضاً لإنجاز الوعد والهدء إلا على من وعد بواجب عليه ، كما نصاب دين أو أداء حق فقط » ^(٤) .

٥٣٨ — وبعد ابن حزم ، نرى الإمام القرافي ^(٥) يعرض لذلك ، وهو بصدد الفرق بين الكذب والوعد وما يجب الوفاء به وما لا يجب ، فيذكر شيئاً عن اختلاف الفقهاء في المسألة وعن تعارض الأدلة التي توجب الوفاء بالوعد مع التي لا توجبه ، ثم يقول ^(٦) : وجه الجمع بين الأدلة المتقدمة ، التي يقتضي بعضها الوفاء به وبعضها عدم الوفاء به ، أنه إن أدخله في سبب ما يلزم بوعده لزم ، كما قال مالك وابن القاسم

(١) سورة الصف م ٦١ : ٢ ، ٣ (٢) الوأي ، هو الوعد وزناً ومعنى . وهذا الحديث رواه أبو داود ، المحلى لابن حزم ، ٨ : ٢٩ . (٣) (٤) المحلى ، ٨ : ٢٨ ، ٢٩ . (٥) توفي ابن حزم عام ٤٥٦ هـ والقرافي عام ٧٢٣ هـ . (٦) الفروق ، ٤ : ٢٧ .

وَسَحَنُون ، أو وعده مقروناً بذكر السبب كما قاله أَصْبَغ^(١) ، لتأكد العزم على الدفع حينئذ ، ويحمل عدم اللزوم على خلاف ذلك .

٥٣٩ — ومن الواضح صحة ما ذهب إليه الإمام مالك ومن قال بقوله ، من أن الوعد يلزم صاحبه ديانة وقضاء متى كان له سببه وأدخل الموعود له في كلفة بناء عليه ، وذلك دفعا للضرر عنه ، لأنه ما كان يدخل فيما دخل فيه لولا هذا الوعد . ولهذا ، جاء في المادة ٨٤ من المجلة المدلية : « المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة ؛ مثلا لو قال رجل لآخر بيع هذا الشيء لفلان ، وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيه لك ، فلم يُعطِ المشتري الثمن لزم على الرجل أداء الثمن المذكور بناء على وعده المعلق . » . وذلك بلا ريب أمر يتفق مع القواعد الفقهية ، لأنه من باب الكفالة اللازمة . أما إذا كان الأمر مجرد وعد بلا تعليق أو سبب ، فالوفاء به غير لازم شرعا ، وإن كان لازما في شريعة الأخلاق .

شروط السبب :

٥٤٠ — وإذا كان السبب لا بد منه في العقد كما رأينا ، حتى إنه يكون شرط صحة أو لزوم له ، فإنه لا بد من أن يتوافر في السبب شروط معينة حتى يكون له هذا الخطر في العقد ، وهي :

(أ) ألا يكون واجبا على المتعاقد بدون العقد :

(ب) أن يستمر قائما حتى يتم التنفيذ .

(ج) أن يكون مشروعا .

٥٤١ — فالشرط الأول يقتضي وجود السبب حقيقة حين التعاقد ، فلو كان

موجودا أو واجبا على المتعاقد بدون العقد ، والتعيران بمعنى واحد ، كان العقد

(١) مثل اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبقى به ، اخرج إلى الحج وأنا أسلفك ، اشتر هذه السلعة أو تزوج هذه المرأة وأنا أسلفك وبخلاف ذلك كله ، ما إذا وعدت بهبة أو قرض مثلا ، دون ذكر السبب أو إدخال الموعود في كلفة ، فلا يلزم .

حينئذ لا سبب له فلا يكون صحيحاً . فلو استأجر إنسان خادماً الخاص للقيام بعمل معين يدخل في نطاق عمله باعتباره خادماً خاصاً ، كانت الإجارة باطلة لعدم قيامها على سبب ، ما دام العمل المستأجر عليه واجباً بدون عقد الإجارة على المتعاقد الآخر . ومن تطبيقات هذا الشرط أيضاً ، أنه لا يجوز استئجار الأم لارضاع طفلها أو الزوجة لعمل من أعمال البيت المعروفة ، فإن ذلك واجب عليها ديانة . نعم ! إن الارضاع أو القيام بأعمال المنزل ليس مما تجبر عليه الأم والزوجة إذا رفضت القيام به فربما لا تستطيعه أو يكون فيه امتحان لها ، ولكنها إذا قامت بذلك فعلا تبين أنها قادرة عليه وأنه لا يؤذيها في كرامتها ، بل يكون شرفاً لها ، وإذا فليس لها أخذ ليرة عليه ، ويكون عقد الإجارة حينئذ عقداً غير صحيح^(١) ؛ لعدم وجود سببه ، أو لأن هذا العمل واجب عليها ولو من باب الديانة .

٥٤٢ — وشرط استمرار السبب قائماً ، يقتضى فسخ العقد لو زال السبب ، لأنه يصبح بلا أساس . ومن مثل ذلك استئجار أرض للانتفاع بزراعتها فأصبحت غير قابلة للزراعة لانقطاع الماء عنها أو لأنها صارت مستنقعا مثلاً ، أو دار لسكنائها فانهدمت أو انهدم بعضها فصارت غير صالحة للسكنى ، أو استأجر مرضعة لولده فمات الولد أو استغنى عن الرضاعة . ففي كل ذلك ونحوه ، نجد سبب العقد أصبح غير قائم ، فتكون النتيجة انفساخ العقد وانتهائه لزوال سببه^(٢) .

ومن هذا الباب ما ذكره ابن رجب الحنبلي في القاعدة الخمسين بعد المائة ، وهي اعتبار الأسباب في عقود التملكات ، وخرج عليها مسائل عدة ؛ منها أن الزوجة إذا وهبت مهرها لزوجها ، كان لها الرجوع في الهبة إذا طلقها ، لزوال سببها وهو طلب استدامة الزواج بينهما وقد زال ، كما نص عليه الإمام أحمد في بعض ما روى عنه^(٣) .

(١) راجع شرح الزيلعي ، ٣ : ٦٢ — ٦٣ في باب النفقة .

(٢) راجع في هذه الأمثلة وغيرها ، البدائع ٤ : ٢٢٢ — ٢٢٣ ؛ مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية ، ٥ : ٢٢٤ وما بعده .

(٣) القواعد في الفقه الإسلامي ، ص ٣٢١ — ٣٢٢ .

٥٤٣ — وأخيراً ، اشتراط مشروعية السبب ، يقتضى أنه إن لم يكن كذلك لا يصح العقد ؛ وهذا معناه أن محل العقد قد يكون مباحاً شرعاً ، ولكن سبب العقد ليس بمشروع فلا يصح العقد حينئذ .

ويدخل في هذا الباب كثير من العقود التي تكلمنا عنها سابقاً ، مثل بيع عصير العنب ممن يعلم البائع أنه سيتخذ خمرأ ، وبيع السلاح لمن يقطع به الطريق أو لأهل الفتنة ، وبيع أدوات القمار ، وتأجير دار لمن يعدها للدعارة ، فكل هذه العقود غير صحيحة في رأى جمع كثير من الفقهاء لعدم شرعية السبب الذى يقصده المشتري^(١) . ومن ذلك القبيل أيضاً ، عدم جواز الهدية للأمير ممن لم تجر عاداتهم الإهداء له قبل ولايته ، والهدية لمن يشفع له لدى السلطان أو غيره من رجال الدولة وعملها^(٢) . ففى هذا وذاك ، لم يصح العقد لعدم شرعية سببه ، مع أن محل العقد مال حلال مملوك لصاحبه^(٣) .

عيوب العقد

٥٤٤ — العقد ، كما عرفنا ، هو اتفاق إرادتين على إنشاء تصرف من التصرفات التى تحتاج لإرادتين لإنشائه . وإرادة المرء إنشاء عقد من العقود ، تستلزم رغبته فيه وقصده له ورضاه به متى تم ووجد فعلاً .

إلا أنه قد يعرض لإرادة المرء من الأمور ما يحدث خللاً فى هذه الإرادة ، وهذا الخلل يجعل العقد معيباً فلا يكون له أثره الشرعى المطلوب . هذه الأمور نستطيع أن نقول بأنها الإكراه ، الغلط ، التدليس ، اللغو والتغريم .

(١) وراجع أيضاً إلى المحلى لابن حزم ، ٩٠ : ٢٩ - ٣٠ ؛ الخطاب على خليل ، ٤٠ : ٢٦٣ وما بعدها .

(٢) القواعد لابن رجب ص ٣٢٣

(٣) راجع الوسيط للأستاذ الشهورى ص ٤٨٠ - ٤٨٢ ، فى بيان أنه لا يوجد سبب فى القانون الجديد إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً .

أ- الإكراه:

٥٤٥ - الإكراه في اللغة هو حمل المكره على أمر يفعله ، وفي عرف الفقهاء
هو الدعاء إلى الفعل بالإيعاز والتهديد ، أو فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول به رضاه .
وقد عرّفه صاحب المبسوط بأنه « اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه
أو يفسد به اختياره ، من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه
الخطاب ^(١) » وهو نوعان :

(أ) الإكراه التام أو الملجئ ، وهو الذي يجبر المكره نفسه مضطراً به لفعل
الأمر المكره عليه ؛ وذلك ما يكون الوعيد فيه بالقتل أو ضياع بعض الأعضاء ،
أو بالضرب الذي يخشى منه القتل أو ضياع العضو .

(ب) الإكراه الناقص أو غير الملجئ ؛ من حبس ، أو ضرب ، أو إيقاع
ظلم به في عمله كإزاله درجة في وظيفته أو منع ترقيته ، إلى غير هذا كله من
ضروب التهديد .

وتتحقق حالة الإكراه إذا كان المكره قادراً على فعل ما هدد به وأوعد عليه ،
سواء أ كان صاحب سلطان أم لا عند الصاحبين وقال أبو حنيفة لا يتحقق الإكراه
إلا من السلطان ، لأنه إن أراد مكروها بأحد لا يقدر أحد على منعه ، أما غيره
فيقوم كثير من ذوى المروءة والفتوة دونه ^(٢) .

٥٤٦ - وعناية الفقهاء ببيان أحكام تصرفات المكره وعقوده ، دليل على أن

(١) - ٢٤ ، ص ٣٨ . وراجع في هذا ، وفي أنواع الإكراه وفي أنه يزيل الرضا والاختيار
أو الرضا وحده ، المبسوط ص ٣٩ ومواضع أخرى بعدها ؛ البدائع ، - ٧ : ١٧٥ ؛ الزيلعي ،
- ٥ : ١٨١ وحاشية الشلبي عليه ؛ كشف الأسرار شرح المنار ، - ٢ : ٣٠٧ - ٣٠٨ ،
مع حاشيته .

(٢) المبسوط للصرخسي ، - ٢٤ : ٤٢ . وهذا خلاف يرجع - كما يقولون -
إلى اختلاف الزمان ؛ فقد كان الأمر كذلك في عهد الإمام ، ثم تغيرت الحال فصار غير السلطان
قادراً على تحقيق ما يريد من أذى بالغير . ونعتقد أن رأى الصاحبين أحق بالقبول ، بدليل ما نحس
ونشاهد في هذه الأيام . انظر البدائع ، - ٧ : ١٧٦ ؛ الزيلعي ، - ٥ : ١٨٢ .

الإكراه لا يزيل أهلية من وقع عليه ، سواء أكان تاماً ملجئاً أم ناقصاً غير ملجئ لمن نزل به أن يفعل ما أكره عليه . ولهذا نجد أفعال المكروه توصف بأنها فرض ، أو محظورة أو مباحة . كما أنه يأنم تارة ويؤجر أخرى ، بفعله ما توعّد به أو عدم فعله .

وإذا كان الإكراه بنوعيه لا يزيل الأهلية ، فهو — بنوعيه أيضاً — يزيل رضا من وقع به ، لأن الرضا والإكراه يتنافيان طبعاً فلا يوجد أحدهما مع الآخر ، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء ، لكن الخلاف بينهم هو في أنه يزيل الاختيار أيضاً أو لا يزيله .

٥٤٧ — يرى الأحناف أن الإكراه الملجئ يزيل الاختيار كما يزيل الرضا ، وإلا لما كان ملجئاً . أما غير الملجئ فلا يزيله ، لأن المكروه ترك الخيار للمكروه بين أمرين وإن كان كلاهما مرأ : فعل بما أريد منه فعله ، أو معاناة ما هُدد به .

ويرى الشافعي أن الاختيار والرضا متلازمان ، فبقي زال هذا بالإكراه زال ذاك معه ^(١) والقول بأن من يعاني حالة الإكراه ، هو بخير فعلا بين أمرين ، كما يقول الأحناف ، لا يجعل الشافعية يقولون بأن المكروه يقصد إلى التصرف المطلوب منه مختاراً له وإلا لما سميناه مكرهاً .

٥٤٨ — وليس هذا الخلاف خلافاً نظرياً فقط يرجع إلى علم النفس ، بل هو خلاف له ثمرته العملية . فالشافعية ، حين رأوا أن الإكراه يذهب بالرضا والاختيار معا ، ذهبوا إلى أن أي عقد لا ينقذ مع حالة إكراه العاقد عليه ؛ لأن شأن العقد أو التصرف أن يقصد إليه العاقد مختاراً له ، والمكروه هنا لا يريد إلا دفع الأذى الذي هُدد به عن نفسه . ويستدلون لمذهبهم أيضاً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالذِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ » . ومعنى هذا ، أن كل تصرف أو عقد ، سواء أكان من قبيل البيع أو الزواج ، صدر من المكروه لا قيمة له ولا يعتبره المشرع منعقداً .

أما الأحناف بعد أن بينوا أن الرضا والاختيار ليسا متلازمين وأن المكره إكراهاً غير ملجئ، يعتبر مختاراً إذا أقدم على ما أريد منه فعليه من تصرف أو عقد وإن كان غير راض — فقد قالوا بأن هناك أيضاً فرقاً بين بعض التصرفات والعقود وبين بعضها الآخر.

فهناك تصرفات وعقود تعتبر على الفور متى صدرت أسباباً لترتب أحكامها عليها، كالزواج والطلاق والعتيق^(١). وهناك أخرى هي أسباب أيضاً لأحكامها إلا أن هذه الأحكام ربما لا تترتب فوراً عليها، كالبيع والإجارة ونحوهما؛ فإن منها ما ينقصد منجزاً، ومنها ما ينقصد غير منجز بل مضافاً لزمن مستقبل.

٥٤٩ — إذا كان الأمر هكذا، فالنوع الأول من التصرفات لا يفسدها فقد

عنصر الرضا في المنشئ. لما دام له اختياره، إذ لا يتفصل أحكامها عن الصيغ التي تقع بها. لكن زوال الرضا يؤثر في التصرفات والعقود الأخرى التي قد تتأخر أحكامها عن الصيغ التي بها توجد، وإذا فلا تكون صحيحة مع إكراه عاقدتها عليها عند الفقهاء جميعاً.

وأيضاً، فيما يتصل بالزواج ونحوه من التصرفات التي لا تحتل الفسخ وتجوز مع الإكراه عند الأحناف خلافاً للشافعية، يذكر الأحناف قول الرسول: «كل طلاق جائز، إلا طلاق الصبي والمجنون». ولأن الفأنت بالإكراه ليس إلا الرضا؛ فالمرء قد يقدم على الزواج بآبنة عمة مثلاً غير راض ولكن خضوعاً لتقاليد أسرته أو لأي داع آخر، كما قد يطلق المرأة — التي يرضى عشرتها وهو بها سعيد — لركة دينها أو لانحراف أخلاقها مع أنه غير راض بهذا الطلاق وإن كان مختاراً له. والمراد من هذا كله، بيان أن الرضا ليس شرطاً في صحة كل عقد وتصرف، كما ترى في حياتنا العملية الواقعة^(٢).

(١) ألحق الفقهاء بهذه الثلاثة، الرجعة واليمين لما جاء في بعض روايات الحديث، ويلحق بها أيضاً سائر التصرفات التي لا تقبل الفسخ مثلها، كالظهار والإيلاء والنحو عن القصاص، البتاع، ٧ : ١٨٢؛ ومختصر الطحاوى ص ٤٧٧ — ٤٠٩.

(٢) وأما حديث: رفع عن أمتي الخ، فقد قيل فيه إن المراد الإكراه على الكفر، وقد كان =

ولكن مع هذا ، نرى أن الإكراه متى كان تاماً ملجئاً ، يجب أن يفسد ما كان من قبيل الزواج أيضاً حتى في رأى الأحناف ، لأنه يزيل الرضا والاختيار معا بناء على أصلهم من التفرقة بين الرضا والاختيار ، ولم أر من الأحناف من تعرض لذلك^(١).

ولا فرق بين الإكراه التام الملجئ والناقص غير الملجئ في عقود البيع والشراء والإجارة وما إليها بسبيل^(٢) ، بل أى نوع منها يجعلها الإكراه غير صحيحة ؛ لأن الرضا شرط فيها ، والإكراه الناقص يذهب بالرضا كالإكراه التام^(٣) ، والله يقول في هذا : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

٥٥٠ — وبعد اتفاق الفقهاء على عدم صحة هذا النوع من العقود التي يشترط فيها الرضا ، مادامت صادرة عن إكراه للطرفين أو لأحدهما ، نراهم اختلفوا في حكمها بعد أن اعتبرت غير صحيحة .

(أ) يرى الشافعية أنها تكون فاسدة أو باطلة ، فالتعيران سواء لديهم كما عرفنا ، أى غير منعقدة ، وإذا فهمى لا تقبل الإجارة من المكره إذا زال عنه الإكراه .

(ب) وفي رأى أبى حنيفة وصاحبيه أن العقد يكون فاسداً ، أى أنه إذا زال

== شائع الوقوع من مناديد فريش على ضغطة المسلمين (البدائع ، ٧ : ١٨٢) ، وقد جاء عن ذلك في القرآن : « من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم » . (النحل ك ١٦ : ١٠٦) (١) ربما كان لما أن تأخذ من عدم تفرقة الفقهاء حتى الأحناف بين الإكراه التام والإكراه الناقص في البيع والقراء ونحوهما ، أنهم يفرقون في باب الزواج ونحوه بين هذين النوعين من الإكراه . ويراجع من كتب الأحناف ، في التفاصيل المتعلقة بالإكراه على الزواج والطلاق ، الزيلعي ٥ : ١٨١ ، ١٨٧ — ١٨٨ ؛ البدائع ، ٧ : ١٨٢ ، ١٨٤ — ١٨٥ .

(٢) وهنا يذكر الطحاوى في مختصره ص ٤٠٩ ، أن الإكراه على الإجارة وعلى الكتابة ، وعلى سائر الأشياء التي قد تنقض بعد وقوعها ، كالإكراه على البيع . وإنما يجوز على الإكراه ، كما يجوز على غير الإكراه ، الأربعة الأشياء التي ذكرنا ، وهي : الطلاق والعناق والنكاح والرجعة .

(٣) البدائع ، ٧ : ١٨٩ ؛ الزيلعي ، ٥ : ١٨٢ .

الإكراه وأصر على العقد من كان مكرها عليه راضياً به صار صحيحاً^(١) . وقد تقدم لنا ، في بحث أحكام العقد وأقسامه ، أن المبيع بعقد فاسد يملكه المشتري متى قبضه .
 (ح) ذهب زفر من الأحناف أن عقد المكره يعتبر موقوفاً على إجازته إن زال عنه الإكراه . ومعنى هذا أن المشتري — إذا كان الأمر عقد بيع — لا يملك مطلقاً المبيع ولو قبضه ، لأن العقد الموقوف لا قيمة له ولا يثبت حكم أو أثر له قبل الإجازة . ويقول لو كان فاسداً لما جاز ، لأن العقد الفاسد لا يجوز بالإجازة بل يجب فسخه^(٢) .

هذا ، والإكراه على الهبة كالإكراه على البيع ، وكذلك الإكراه على تسليم الشفعة والإبراء من الحقوق ؛ لأن الهبة تمليك ، والإبراء فيه معنى التملك أيضاً ولهذا لا يصح في المجهول ولا يحتمل التعليق بالشرط ، وتسليم الشفعة في معنى البيع^(٣) .
 إلا أن بين الإكراه في البيع والإكراه على الهبة فرقاً . وهو أن شرط صحة الهبة قبض الشيء الموهوب ، فلو سلم الواهب طائفاً ما أكره على هبته لم يكن هذا إجازة . لكن البيع لا يشترط لصحته القبض ، فلو سلم البائع المكره على البيع المبيع للمشتري طائفاً ، كان ذلك منه إجازة للبيع فينقلب صحيحاً بعد أن كان فاسداً ، بل قد يعتبر التسليم بيعاً مبتدأً بالتعاطي^(٤) .

٥٥١ — بقي بعد ذلك كله ، أن نذكر أن البائع إذا كان هو المكره على العقد دون المشتري ، كان له حق الفسخ والإجازة قبل قبض المشتري للمبيع وبعده ؛ على حين أن هذا الحق ليس للمشتري إلا قبل القبض ، لأنه لا حكم لهذا العقد قبله ، لا بعده لأنه لم يكن مكرهاً على الشراء فكان لازماً في حقه^(٥) .

(١) حجتهم هنا أن الخلل لم ينل شيئاً من أركان العقد ، فالعقد صدر من أهله في محله القابل له ، ولكن عرض له وصف نهى عنه بسببه ، وهو الإكراه ، فيقع فاسداً باطلاً ، وحتى تم الرضا يصير صحيحاً .

(٢) راجع الزيلعي مثلاً ، ٥ : ١٨٢ — ١٨٣ ، فيما يختص بالخلاف بين زفر والإمام وصاحبيه وأدلة كل من الطرفين .
 (٣) البدائع ، ٧ : ١٨٩ .

(٤، ٥) البدائع ، ٧ : ١٨٦ — ١٨٧ .

ولكن ، لو كان المشتري هو المكره دون البائع ، كان لهذا الحق في الفسخ قبل القبض فقط ، وللمشتري الفسخ قبل القبض . وبعده للسبب الذي ذكرناه في إكراه البائع ، كما أن له أن يجيز هذا العقد مثله في ذلك مثل البائع إذا كان مكرها ، على ما يقول علاء الدين الكاساني^(١) .

٢- الغلط :

٥٥٢ - لا نريد بالغلط إلا ما كان خاصا بمحل العقد ، سواء جنسه ووصفه . أى لا نريد به - كما هو الأمر في القانون م ١٢١/٢ ب - ما يشمل ذلك وما إذا كان موضع الغلط هو ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ولو كانت هي السبب الرئيسي للعقد . ذلك ، بأن أحكام الغلط في هذه الناحية يتكلم عنها الفقهاء عند الكلام على التعاقد باعتباره أصيلا ، أو فضوليا ، أو نائباً عن ، غيره يذكر أو لا يذكر في العقد أنه نائب عن هذا الغير .

إذا ، الغلط في محل العقد قد يكون في جنسه أو وصفه الأول ؛ كمن يشتري هذه الحلية الذهب ، فيتبين من بعد أنها من نحاس مموّه بالذهب ؛ والثاني كمن يشتري هذه الساعة على أنها من نوع خاص مشهور ، فيظهر له من بعد أنها من نوع آخر لم يكن يرغب فيها ويقبل على شرائها لو علم أنها منه .

٥٥٣ - وإذا كان العقد مبناه الرغبة والتراضى من الجانبين ، وهذا التراضى يستلزم أن يكون محله على ما يريد المتعاقد ، كان من المنطق ألا يلزم المشتري - إذا كان الأمر أمر عقد بيع - شراء ما لم يكن ليقدّم على شرائه لو علم حقيقة ما هو عليه من ناحية جنسه وصفته إلا أن الغلط إذا كان في جنس محل العقد ، كان غلطاً جسيماً لا يعتذر بحال ؛ وإن كان في صفة من صفاته . كانت الخطورة أو الخسارة أقل ؛ ومن ثم ، عني الفقهاء بإعطاء كل حالة حكماً يناسبها^(٢) .

(١) المصدر نفسه ، ص ١٨٨ .

(٢) انظر في هذا ، مثلاً ، الزيلعي ٤ : ٥٢ - ٥٣ .

(أ) إذا اشترى رجل داراً على أنها مبنية بالأسمنت المسلح ، فظهر أنها مبنية بالطوب والحجارة ، كان ذلك غلطاً في الجنس ، فيكون العقد باطلاً من أساسه ، لأن محله الذي كان يريد المشتري لم يوجد فيكون عقداً على معدوم . ومثل ذلك بيع هذا الخاتم مثلاً على أنه من ماس ، فيتبين أنه من زجاج ؛ أو هذا الثوب على أنه صوف ، فيظهر أنه قطن أو مخلوط .

(ب) وإذا باع هذا الحيوان على أنه ذكر ، فبان أنه أنثى ، كان العقد صحيحاً غير لازم ، بمعنى أن المشتري فسخه لأنه لم يقدم عليه إلا على أنه ذكر ففاته الوصف المرغوب فيه .

وهذا فيما يقبل الفسخ من العقود كالبيع ومحوه ، أما فيما لا يقبل الفسخ كالزواج فإنه يقع لازماً^(١) ، إلا عند ابن حنبل فيجيز الفسخ أيضاً لمن وقع الغلط عليه . كما إذا تزوجت هذا الخاطب على أنه أنتم تعليمه العالي وليس به ما يخل بالكرامة والخلق فبان لها بعد العقد على غير ما شرطت ؛ أو تزوج شاب فتاة على أنها بكر ، فظهر أنها ثيب ، أو على أنها متعلمة ، فبان أنها جاهلة .

٥٥٤ — وللأحناف قاعدة طيبة ترجع إليها الأحكام المختلفة في الفروع العديدة وهي أنه في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى إذا اختلف فيه المسمى والمشار إليه ، لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة . وإن كانا — المسمى والمشار إليه — جنساً واحداً ، ولكن اختلفا في الصفات ، نعلق العقد بالمشار إليه لا بالمسمى لأنها أولى بالاعتبار . وإنما « كانت الإشارة أولى بالاعتبار في متحدى الجنس ، لأن المسمى موجود

(١) بمعنى أن الغلط إذا كان في جنس موضوع العقد كان حكمه طاماً للعقود كلها ، وإذا كان في صفة من صفاته كان حكمه خاصاً بالعقود التي يفترط فيها الرضا فتقبل الفسخ كالبيع ومحوه . أما في الزواج ونحوه فيكون العقد جائزاً لازماً وليس لمن وقع عليه الغلط حق فسخه إلا عند ابن حنبل على ما هو معروف . وفي الأشباه ، المجلد الثاني ص ٢٠١ ، أن عقد الزواج يصح « لو قال زوجتك هذه العريية فكانت أعجمية ، أو هذه العجوز فكانت شابة ، أو هذه البيضاء فكانت سوداء ، أو عكسه ، وكذا المخالفة في جميع وجوه النسب والصفات » .

في المشار إليه ذاتاً والوصف يتبعه ، فأمكن الجمع بينهما ؛ بأن تجعل الإشارة للتعريف والتسمية للترغيب ، فيثبت له الخيار عند قوات الوصف المرغوب فيه . بخلاف مختلفي الجنس ؛ لأن المسمى فيه مثل للمشار إليه وليس بتابع له ، فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعاً للآخر ، فيعتبر الأعرف عند تعذر الجمع بينهما . وهذا هو الأصل في العقود كلها ؛ كالإجارة . والنكاح ، والصلح عن دم العمد ، والخلع ، والعق على مال ^(١) .
وجعل العقد باطلاً إذا اختلف جنس موضوع العقد المسمى فيه عن المشار إليه الذي خُدع به المشتري ، ما دما اعتبرنا التسمية عند اختلاف الجنس ، هو عند بعض الفقهاء من الأحناف ؛ لأن الذي وقع عليه العقد وُسِمَ فيه معدوم ، وبيع المعدوم لا يجوز إلا في السلم . وقال آخرون منهم إنه فاسد ، وهو الرأي الذي اختاره الكرخي لأن البائع باع الشيء المسمى وأشار إلى غيره ، فصار كأنه باع شيئاً على أن يسلم غيره وذلك فاسد ^(٢) .

٥٥٥ - بقي بعد ما تقدم كله ، أن نشير إلى نوع آخر من الخطأ لا يتصل بمحل العقد ، وهو الخطأ في معرفة القانون إن صححت هذه التسمية . فلو أن رجلاً اشترى شيئاً منقولاً ، فطالب آخر أخذه بالشفعة بأن كان شريكاً فيه مثلاً ، فظن المشتري أن الشفعة تكون في المنقول كما تكون في العقار ، فسلم إليه ما اشتراه بالشفعة ، ثم تبين أنه كان غالطاً وأنه لا شفعة في المنقول لم يكن له أن يسترد ما سلمه من غير رضا الآخر ^(٣) .

٢- التدليس :

٥٥٦ - التدليس هو إخفاء عيب الشيء المعقود عليه ليظهر في صورة غير صورته الحقيقية ، أو فعل البائع بالمبيع ما يزيد به ثمنه ، ومنه مسألة المَصْرَاة المعروفة

(١) الزيلعي ، ٤ : ٥٣ . (٢) نفسه تقريباً بحروفه ، ص ٥٣ .

(٣) البدائع ، ٥ : ١٥١ . ويقول الكاساني صاحب البدائع في تعليل هذا : « لأنه لما سلم إليه صار ذلك ييماً بينهما » ، ونعتقد أن هذا تعليل غير سليم . لأنه ما باع له ، ولم يقصد مطلقاً أن يبيع له ، ولكنه اعتقد غلطاً أنه شفيع فسلم له . ومن هذا ، يكون من الحق أن يكون للمشتري الحق في استرداد ما سلمه عند من لا يرى الشفعة في المنقول .

والتي جاء بها الحديث : وهي أن يبيع شاة أو بقرة حلواً مثلاً ، فيترك حلها مدة لينتفخ ضرعها وتترأى للمشتري أنها غزيرة اللبن ، فإذا اشتراها تبين له فيما بعد أنها لم تكن كما ظن .

وللتدليس صور لا تكاد تحصر ، ونصادفها في كثير من البيوعات في الأسواق بخاصة ، وهو حرام على أية صورة كان . ومن هذه الصور تعمد البائع طلاء الأثاث والموبليات لتظهر أنها من خشب ثمين غير ما هي عليه في الواقع ، وجعل القماش بصورة تظهر أنه من الصوف أو الحرير في حين أنه من القطن ، وهكذا .

وللدأس عليه الخيار بين أمرين : إمساك المبيع ، دون طلب تعويض ما أصابه من غبن ، أو رده ، إلا إذا كان التدليس في صورة كتمان العيب على المشتري ^(١) . والأصل في هذا ، قوله صلى الله عليه وسلم : « لَا تُصَرِّثُوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ » ^(٢) ، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ؛ إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر ^(٣) . وألحق بالتصيرية الأنواع الأخرى من التدليس .

٥٥٧ — والقول بأن للدلس عليه فسخ البيع ، هو رأي الحنابلة والشافعية والمالكية متمسكين بالحديث كما رأينا ، ولأن من المتفق عليه حق المشتري في الفسخ بخيار العيب ، وليس التدليس إلا من هذا الضرب .

وفي المراجع المعتبرة لمذهب الأحناف أن التدليس لا يجعل للمشتري الحق في فسخ عقد البيع ، بل له فقط أن يرجع بالنقصان الذي أصاب ما اشترى ، وذلك على القول المعتمد ، كما جاء في الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه وغيرهما ^(٤) . أما الحديث

(١) انظر كشف القناع ، ٢ : ٥٦ ؛ نهاية المحتاج ، ٣ : ١٣٦ - ١٣٧ .
(٢) التصيرية حبس اللبن في ثدي الناقة ونحوها مدة يومين أو ثلاثة ، لتظهر للمشتري أنها غزيرة اللبن .

(٣) روى هذا الحديث ، وهو متفق عليه ، بروايات تزيد وتنقص ، انظر كشف القناع ، حر : ٥٦ ؛ ابن طبرين ، ٤ : ١٠١ ؛ الأولو والميجان ، ٣ : ١٥٢ - ١٥٣ ؛ نهاية المحتاج ، ٣ : ١٣٧ .

(٤) حاشية ابن عابدين ، ٤ : ١٠١ .

غيبين أى ضعيف الرأى . والتغير الخداع ، وغرّه يغرّه بالضم غروراً ، خدعه .
ومن وقع عليه الغرور ، هو مغرور وغرير ، أى مخدوع . والغرّار بالكسر ، نقصان
ولد الناقة .

إذا ، من ناحية اللغة ، نجد فى الغبن والتغير معنى الخداع والنقصان ، فهما
لذلك من عيوب العقد أو الرضا والاختيار فى العقود . إلا أن الفقهاء يختلفون فى اعتبار
كل منهما سبباً كافياً وحده لفسخ العقد إن أَرَادَ مَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ الْغَبْنُ أَوِ التَّغِيرُ ،
أَوْ لَا بَدَ مِنْ اجْتِمَاعِهِمَا مَعًا لِيَكُونَ لَهُ هَذَا الْحَقُّ ، وهذا الاختلاف اختلاف كبير
كما ترويه كتب الفقه ، وإن كان الأمر فى رأينا لا يستحقه .

٥٦٠ — على أن الذين يرون أن الغبن وحده يعتبر سبباً كافياً لفسخ العقد ،
اختلفوا فيما بينهم فى تحديد مقدار الغبن الذى يعطى هذا الحق لمن وقع عليه . ذلك
بأن الغبن قد يكون يسيراً ، وقد يكون فاحشاً ، وفى بيان كل منهما أقوال .
وربما كان أحق الأقوال بالقبول ، هو أن الغبن اليسير ما يتناوله تقدير الخبراء
بموضوع العقد ، والفاحش ما شذ عن هذا التقدير . فإذا اشترى الواحد من شئنا بمائة
جنيه مثلاً ، وكان بعض العارفين يقدره مثلاً بتسعين أو خمسة وتسعين مثلاً ،
وبعضهم يقدره بالمائة ، كان الغبن يسيراً . وإن لم يقدره أحد مطلقاً بمائة كان
الغبن فاحشاً بالنسبة للمشتري ، وإن قدره البعض بأكثر منها قليلاً أو كثيراً ،
ولم يقدره أحد بمائة كان الغبن فاحشاً على البائع .

٥٦١ — ومن الآراء ، ما يقدر الغبن اليسير بما لا يزيد عن ١٠ ٪ من قيمة
موضوع العقد ، والفاحش بما زاد عن هذه النسبة . ورأى آخر ، لا يشترط هذه
النسبة ، وما إليها ، فى كل شئ ، بل يذهب إلى أن تقدير الغبن اليسير والفاحش
يختلف باختلاف الأشياء .

وفى هذا ، يقول علاء الدين الكاسانى : « وللفاصل بين القليل والكثير ،
إن كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين [تقدير الخبراء] ففى قليلة ، وما لا تدخل

تحت تقويمهم فهي كثيرة ، لأن ما يدخل تحت تقويم المؤمنين لا يتحقق كونه زيادة ، وما لا يدخل كانت زيادته متحققة . وقدّر محمد الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها — في الجامع — بنصف العشر ، فقال : إن كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها ، وإن كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها . وقال الجصاص : ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الأشياء كلها ، لأن ذلك يختلف باختلاف السلع ؛ منها ما يعد أقل من ذلك غبناً فيه ، ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبناً فيه . وقدّر نصر بن يحيى القليل في العروض بما لا يزيد عن نصف العشر ، وفي الحيوان بما لا يزيد عن العشر . وفي العقار بما لا يزيد عن الخمس ^(١) .

٥٦٢ — نرجع بعد ذلك ، لما أشرنا إليه من قبل ، نفي اعتبار كل من الغبن والتغريب سبباً يكفي وحده لفسخ العقد إن أراد من وقع عليه أو عدم اعتباره . عند الحنابلة أن الغبن ، وقد يكون بتغريب أو بغير تغريب ، يثبت لمن وقع عليه ^(٢) حق فسخ العقد وهو يكون على صور مختلفة يثبتون الخيار في ثلاث منها ^(٣) ، وهي :

- (أ) تلقى الرُكبان الذين لا يعرفون الأسعار ، فيبيع منهم أو يشتري من من يتلقاهم ، ثم يتيقنون بعد أنهم غبنوا غبناً يخرجهم العادة . ويروون في هذا قول الرسول : لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار (مسلم) .
- (ب) النجش ، وهو زيادة من لا يريد الشراء في السلعة ترغيباً وخديعة لغيره ، على ألا يكون المشتري عارفاً بأن هذا يزيد ولا يريد الشراء ، وإلا فلا خيار له لتقصيره .
- (ج) ما سموه المسترسل ، وهو الجاهل بالقيمة المطمئن للمتعاقد معه بحسن نية ولا يحسن الفصال ، ثم يتبين له أنه غبن غبناً غير متعارف ^(٤) .

(١) البدائع ، ٦٠ : ٣٠ . (٢) بائناً أو مفترئاً أو مؤجراً أو مستأجراً مثلاً . (٣) لا نرى معنى لتحديد الغبن ، صاحبه تغريب أم لا ، الذي يثبت فيه الخيار عند عدم جهته بالصورة الثلاث ما دام القصد أنه يؤثر في رضا من وقع عليه فله فسخ العقد . (٤) أرجع في هذه الصور كلها ، إلى كفاية القناع ، ٢٠ : ٥٤ - ٥٥ . في المرح الكبير ، ٢٠ : ٧٦ وما بعدها .

هذا ، في البيع والشراء والإجارة ونحوها ، أما في الزواج مع حصول غبن أحد الزوجين بالزيادة أو النقص عن مهر المثل ، فلا يجوز هذا للمغبون فسخ العقد لأن المهر ليس ركناً في الزواج إذ لا يعتبر من عقود المعاوضات المالية^(١) . وكذلك ليس لأحد من الزوجين طلب ما غبن فيه ، على حين أن ذلك للمشتري ونحوه إن اختار عدم فسخ العقد .

٥٦٣ - ذلك عند الحنابلة ، والشافعية والمالكية مثلهم في هذا بالقياس على مذهبهم في التصرية ونحوها ، إذ في كل من ذلك غبن وتدليس وتغريب .
أما عند الأحناف ، فالتغريب لا أثر له في العقد إلا إذا اغتر به أحد طرفيه فوقع في غبن فاحش أو غير متعارف بعبارة أخرى ؛ أي أن الذي يجعل للعاقدة حق الفسخ هنا في أصح الآراء هو الغبن الشاذ الذي أصيب به إذا كان نتيجة تغريب ، على ما يفهم من كلام أصحاب المراجع المعتبرة في المذهب . ومن الخير أن تأتي هنا بكلمة جامعة في الأقوال المختلفة في جواز الفسخ للغبن في حالات التغريب أو غيرها .

٥٦٤ - يذكر ابن نجيم المصري الحنفى^(٢) أن للبيع متى انعقد لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد أشياء ، وذكر منها خيار الغبن - وهو في رأيه التغريب القولى -
وخيار التغريب الفعلى : وهذا يقول الحموى : « قوله وخيار الغبن ، وهو يثبت في صورة الوكيل والوصى ، وفي صورة تغريب البائع للمشتري بأن كان المشتري غيباً لا يعرف ، فقال البائع : اشتري بهذا الثمن فإنه يساويه ، فاشتراه مغترأ بقوله ، فله خيار الغبن » . وهذا كما نرى غبن نتيجة تغريب ، أو تدليس كما يعبر الشافعية والحنابلة على ما رأينا .

ثم يذكر الحموى أيضاً في تعليقه على قول ابن نجيم ، بأن مما يجوز للعاقدة فسخ العقد خيار التغريب الفعلى كالتصرية : « وقد ذكر المصنف في شرح الكنز الخلاف

(١) كشف ، ٢ : ٥٦ .

(٢) أنظر في هذا ، وما بعده ، الأشباه والنظائر وحاشية الحموى عليها ، المجلد الثاني

بالرد بالغبن الفاحش ، ثم قال قد تحرر أن المذهب عدم الرد به ؛ ولكن بعض مشايخنا أفتى بالرد به ، وبعضهم أفتى بالرد به إن غره الآخر ، وبعضهم أفتى بظاهر الرواية من عدم الرد مطلقاً^(١) ، وبعضهم اختار الرد به إذا لم يعلم به المشتري . وكما يكون المشتري مغبوناً مغروراً ، يكون البائع كذلك .

٥٦٥ — وللإمام محمد أمين الشهير بابن عابدين ما يشبه هذا الذي نقلناه عن ابن نجيم والحموي في الأشباه والنظائر وحاشيته ، وإن كان يصرح بأن رأيه هو إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تقرير حتى جعل ذلك عنوان رسالة له^(٢) . إنه يقول : « وأما دعوى البالغين الغبن وفسخهم البيع به ففيها أقوال ثلاثة ؛ قيل تصح ويفسخ مطلقاً ؛ وقيل لا مطلقاً ، وقيل بالتفصيل ؛ إن غره نعم ، وإلا فلا ، وبه أفتى أكثر العلماء رفقاً بالناس ومشى عليه في التئوير آخر باب المراجعة . وروى الزيلعي^(٣) والصحيح أنه يفتى بالرد إن غره ، وإلا فلا ، وبه أفتى الخليل الرملي قبيل البيع الفاسد^(٤) . »

ثم يصرح ابن عابدين ، قبل هذا وبعده ، بأنه مع رأيه الذي اختاره لا يرى أن القول بالفسخ للغبن وحده بدون تقرير قول ضعيف ، بل قد أفتى كثير من العلماء به^(٥) ، وإن كان يرى مع هذا أن الرد بالغبن الفاحش مع الغرور أجمع المتأخرون عليه^(٦) .

٥٦٦ — من ذلك كله ، نرى أن في المسألة أقوالاً ثلاثة :

(أ) للمغبون حق الفسخ ، وإن لم يكن الغبن نتيجة تقرير ، لأن الغبن ظلم فيجب رفعه في العقود التي تقبل الفسخ كالبيع ونحوه .

(ب) ليس للمغبون حق فسخ العقد ، إلا إذا وجد سبب آخر ، وإذا يكون

(١) أي صاحبه تقرير أم لا ، كان يعلم به المفتي أم لا ، كما يفهم من السياق .

(٢) رسائل ابن عابدين ، ٢ : ٦٧ ، ٦٨ .

(٣) ذكر الزيلعي هذه المسألة في باب التولية والمراجعة .

(٤) رسائل ابن عابدين . ٢ : ٧٠ .

(٥) نفسه ص ٦٩ — ٧٢ في مواضع مختلفة . (٦) نفسه ، ص ٦٩ .

العقد لازماً ؛ لأن من الخير استقرار المعاملات ، وعلى كل عاقد أن يحتاط ويكون بصيراً^(١).

(ح) له حق الفسخ إذا كان ما وقع عليه من غبن هو سبب تقرير التعاقد معه ، وربما كان هذا الرأي أصح الآراء وأشدّها تحقيقاً للعدالة التي تتطلب قبل كل شيء عدم اعتبار أن يكون للتغريير والخداع أثر في معاملات الناس ما دام أساسها هو التراضي .

٥٦٧ — وكل هذا في الغبن الفاحش ؛ أما الغبن اليسير فلا يؤثر في المعاملات ، ولا يجعل لمن وقع عليه أى حق في فسخ العقد أو طلب التعويض عنه ، وإلا لوقع الناس في حرج شديد ، على أنه — كما قلنا من قبل — ليس من الممكن التحقق من هذا الغبن ما دام يدخل تحت تقدير الخبراء ويتساهل فيه الناس عادة . ولا يستثنى الفقهاء من هذا الحكم إلا ما توجبه رعاية مصلحة طوائف من الناس ، ولذلك نراهم يقولون بأن الغبن ولو يسيراً لا يعتفر فيما يأتى :

(أ) بيع المريض مرض الموت بعض ما يملك بغبن يسير إذا كان عليه دين مستغرق ، فبعد موته يكون للدائنين حق الفسخ أو أن يدفع المشتري الفرق .
(ب) بيع المحجور عليه للدين المحيط بما يملك ، لا ينفذ إلا أن يميز الدائن أو يدفع المشتري الفرق ، وإلا بطل البيع وصار إلى الفسخ والإلغاء .

(١) مع ذلك رأى ، تذكر أن الفقهاء على اتفاق في أن الغبن الفاحش — وإن لم يصحبه تغريير — يؤثر بالبطلان أو الفساد على الأقل في العقود التي ترد في أموال المحجور عليهم ، أو الأوقاف أو بيت المال . وذلك لما فيه من المصلحة للذين لا يتولون أمورهم بأنفسهم . فلا يستطيعون أن يحتاطوا حتى لا يقعوا في الغبن ، وليس من المستطاع أن تطلب ذلك منهم . أنظر في بيع الوصى مال البيت بغبن فاحش وأنه باطل أو فاسد ، ومثل هذا التصرف في مال الوقف ومال بيت المال ، رسائل ابن عابدين ، ٢ : ٧٤ عن الدرا مختار .

مدى الحرية في العقود والشروط

ملف- يقول الله تعالى في الآية الأولى من سورة المائدة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، ويقول في آية أخرى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم^(١) » ، ونعلم أن لإرادة الإنسان التأثير الأول فيما يعقده من عقود ويشترطه من شروط فيها ، ونعلم كذلك أن العرب في الجاهلية عرفوا أنواعاً كثيرة من العقود المالية وغيرها ، ولا يزال الناس يعرفون أنواعاً أخرى كثيرة منها يخططها الإحصاء ، نظراً للحاجة التي تتجدد بتجدد الزمن . فهل ، مع ذلك كله ، للمرء أن يعقد كل ما يشاء من أنواع الالتزامات والعقود ، ويشترط ما يرى من الشروط ، بمعنى أن يعتبر كل ما يكون من ذلك صحيحاً شرعاً مادام قد أراده والنزعه من نفسه ؟

٥٦٩ - أما من ناحية القانون المدني الوضعي ، فالأمر واضح ، إذ لم يراع إلا الإرادة الحرة ، فكل عقد أو شرط صحيح متى توفر فيه هذا الركن ، نعى الإرادة ، دون أى شيء آخر ، ولهذا نرى الأستاذ السنهوري يقول ما يأتى حرفياً :

« قد تلخص « ديموج Demogue نتائج نظرية سلطان الإرادة في ست نوازل ، التعاقد ونوعه حرفى حدود النظام العام ؛ ثانياً ، أثر الالتزام هو ما أراده المتعاقدان ؛ ثالثاً ، العبرة بالإرادة الباطنة ، لا بالإرادة الظاهرة ؛ رابعاً ، يفسر القاضى العقد طبقاً لنية المتعاقدين الصريحة والضمنية ؛ خامساً ، لا يجوز تعديل الالتزام إلا بإرادة المتعاقدين الصريحة والضمنية ؛ سادساً ، لا ينقضى الالتزام إلا بإرادة المتعاقدين^(٢) » . ومعنى هذا ، أن السلطان الأول والأخير ، فى إنشاء العقد وآثاره التى تترتب عليه ، هو لإرادة المتعاقدين ، دون نظر إلى ما قد يكون من عدم تعادل فى الغنى

(١) سورة النساء م ٤ : ٢٩

(٢) نظرية العقد ، ص ١٠١ بالهامش رقم ٣ ، وانظر فى تطور هذا المبدأ الوسيط ص ٧٧

وما بعدها .

والغرم بينهما ، أي دون نظر إلى ما قد يكون من غبن فاحش على أحدهما .
 ٥٧٠ — لكن الفقه الإسلامي ينظر للأمر نظرة أخرى . إن إرادة المتعاقدين
 هي التي تنشئ العقد حقاً ، لكن الشريعة تتدخل في ترتيب ما لكل عقد من
 حكم وآثار ، ولهذا يقول الفقهاء بأن العقود أسباب « جفلية شرعية » لأحكامها
 وآثارها ومقتضياتها .

إنهم يريدون أن يقولوا بأن الرابطة بين العقد وحكمه أو آثاره ، باعتبار أحدهما
 سبباً والآخر مسبباً ، ليست رابطة طبيعية عقلية . بمعنى أنه إن وجد السبب ترتب
 عليه وجود المسبب حتماً ، لأشياء سوى أن السبب قد وجد ، بل هي رابطة جعلها
 الشارع بينهما ، ثم اعتدنا وجودها دائماً حتى اعتقدنا أنها طبيعية يوجبها العقل
 وطبائع الأشياء .

٥٧١ — فالنار ، بناء على هذا الفهم ، لا تحرق بطبيعتها ، بل لأن الله جعلها
 سبباً للإحراق ؛ والبذرة من الحب متى وضعت في الأرض الصالحة للإنبات
 لا يكون منها نبتة وشجرة بطبيعتها ، بل لأن الله أراد أن تكون لهذا سبباً ،
 وعقد البيع أو الزواج مثلاً لا يترتب على كل منهما حكمه وآثاره ترتيباً عقلياً طبيعياً ،
 بل لأن الشارع أراد أن يترتب على كل منهما حكمه وآثاره .

وهذا معناه ، أن الله ، باعتباره الشارع والسبب الأول والوحيد ، لو أراد
 العكس لما وجد المسبب عن السبب وإن أردنا ذلك نحن ؛ وإذا ، فترتب
 أحكام العقد ، وما يكون من التزامات خاصة به عليه ، يكون لأن المتعاقدين
 أرادوا ذلك ولأن الشارع رتبها عليه بأن جعل العقد سبباً لها^(١) .

(١) الفلاسفة يخالفون نظرية الفقهاء ، ومنهم الغزالي ، في مسألة السببية كما هو معروف لمن
 شذوا عنها من الفلاسفة ، وإن كانت ترتب المسببات عن أسبابها واقعاً فعلاً ؛ لطبيعة الأسباب عند
 الفلاسفة ، ولأن الله أراد ذلك عند الفقهاء ، وإن كان الأولون يرون أن الله هو السبب الأول
 وهو الذي جعل للأسباب دائماً هذا الأثر فلا تتخلف المسببات مطلقاً عن أسبابها ، وإن كانت قد
 تتخلف عند الفقهاء .

٥٧٢ — ومسألة ترتب آثار العقود وأحكامها عليها ، على اعتبار أن العقود أسباب جعلية من الشارع ، مسألة يكاد يجمع عليها الفقهاء ، ولهذا تكون إرادة الإنسان مقصورة على إنشاء العقد فقط ، أما آثاره فمن عمل الشارع ، حتى لا يبنى بعض الناس على بعض بما يشترطون ، وحتى يكون لكل تصرف حكمه من المشرع الحكيم .

في هذا ، نجد في كتاب كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى^(١) أن العلل الشرعية^(٢) غير موجبة بأنفسها ؛ فإن هذه العلل كانت موجودة قبل ورود الشرع ، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام ، بخلاف العلل العقلية فإنها موجبة بأنفسها وإنما الموجب للأحكام هو الله تعالى ، إذ له ولاية الإيجاب وهو قادر على أن يشرع الأحكام بلا علة . ولكن إيجابه لما كان غيباً عن العباد ، وهم عاجزون عن ذكرها ، شرع العلل التي يمكن لهم الوقوف عليها موجبات للأحكام في حق العمل ، ونسب الوجوب إليها فيما بين العباد تيسيراً . فصارت العلل موجبة في الظاهر يجعل الله تعالى إياها كذلك ، أي موجبة لا بأنفسها^(٣) .

٥٧٣ — والإمام الغزالي (المتوفى عام ٥٠٥ هـ) ومخالفته للفلاسفة المسلمين في مسألة السببية جد مشهورة ، يقرر^(٤) أن الله هو الذي أضاف الأحكام إلى أسبابها ، لأن الأسباب لا توجب الحكم لذاتها ، بل بإيجاب الله تعالى ، فالسبب هو ما يحصل الحكم عنده لابه . وهذا التصور للسبب والمسبب عند الغزالي ، يعم العبادات والمعاملات ؛ فلجِلُّ الأموال والأبضاع وحرمتها أيضاً ، أي كما في العبادات ، أسبابها الظاهرة ، من نكاح وبيع وطلاق وغيره .

(١) ص ١٢٩١

(٢) العلة هنا تشمل العلل التي تواضع الناس عليها ، كالعقود ، ومن ثم تنجد المؤلف نفسه بقول قبل هذا عند تحديد العلة : « ويدخل في هذا الحد العلل الوضعية التي جعلها الفرع عللاً كالبيع للملك ، والنكاح للعقل » .

(٣) وأنظر الموجع نفسه ، ٢ : ٦٧٨ ، في زيادة بيان للسبب في ذلك .

(٤) أنظر المستصنى من علم الأصول ، ١ : ٩٣ — ٩٤ .

وبعد الغزالي ، نجد الإمام أبا اسحاق الشاطبي (المتوفى عام ٧٩٠ هـ) يذهب هذا المذهب ، إذ يذكر « أن الذي للمكلف تعاطى الأسباب ، وإنما المسيبات من فعل الله تعالى وحكمه لا كسب فيه للمكلف ، وهذا يتبين في علم آخر ، والقرآن والسنة دالآن عليه ^(١) » .

والشاطبي يذكر في هذا مثلاً تبين أن السبب قد يوجد من الإنسان بإرادته ، ثم لا يكون وجود المسبب عنه موقوفاً على إرادته وحدها ، بل قد يحدث شيء دون أن يحدث ما نسميه سبباً له . وذلك لأن التلازم بينهما هو تلازم عادي ، لا طبيعي عقلي ضروري في نفسه .

٥٧٤ — وتقي الدين ابن تيمية (المتوفى عام ٧٢٨ هـ) يذهب هذا المذهب أيضاً ، أي إن الله هو الذي جعل العقود أسباباً إلى أحكام قصدها منها وناطها بها ؛ « فشرع البيع سبباً لملك الأموال بطريق المعاوضة ، والهبة سبباً لملك المال تبرعاً ، والنكاح سبباً لملك البضع ، وإخلع سبباً لحصول البيئونة ^(٢) » . ومعنى هذا ، أن العقود أسباب جعلية شرعية ، حسب تعبير الفقهاء والمتكلمين ، لا أسباب طبيعية تكفي بنفسها لإحداث أحكامها وآثارها .

ونراه في موضع آخر ^(٣) يصرح بهذه النتيجة فيقول : « إن الأحكام الثابتة بأفعالنا ، كالملك الثابت بالبيع وملك البضع الثابت بالنكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا . لم نثبت ابتداء ، كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة » .

٥٧٥ — على أننا مع هذا الذي ذكرناه ، من أن الفقهاء يرون أن العقود أسباب جعلية شرعية ، وأن الشارع لهذا هو الذي يرتب عليها أحكامها وآثارها ، فليس الشأن في هذا لإرادة المتعاقدين وحدها — نقول بأن هذا المذهب قد يكون

(١) الموافقات في أصول الأحكام ، ج ١ : ١٣١ ، وانظر أيضاً ما يليها .

(٢) فتاوى ابن تيمية ، ج ٣ : ٢١٤ ، وفي مواضع أخرى .

(٣) ج ٣ : ٢٣٥ من المرجع نفسه .

معقولا بالنسبة لعالم الطبيعة ؛ مثل النار والإحراق ، أو الشرب والرئ ، أو البذر والإنبات .
قد تدخل إرادة الله تعالى فتحول بين السبب وإحداث مسببه الذي يلزمه
دائما فيما نرى ونشاهد ؛ ويكون ذلك معجزة مثلا كما في حادث النار التي كانت
بردا وسلاما على إبراهيم الخليل ، أو نعمة من الله كحبس النبات عن قرية ظالمة ،
أو لمرض في الشارب للماء يمنعه من أن ينال منه الرئ .

٥٧٦ - ولكن الأمر في النواحي الأخرى ، كالعقود ، جد مختلف . إن
العقد ، ومبناه على إرادة المتعاقدين ، يكون له حتما حكمه وآثاره ، من الالتزامات
المختلفة باختلاف طبيعة كل عقد متى أراد ذلك المتعاقدان ، وهذا الحكم وهذه
الآثار تكون محدودة بتحديد الشارع أو المتعاقدين أنفسهما ، فلا معنى للقول بعدم
ترتيبها على العقد متى تم قانونا أو شرعا .

غاية الأمر ، أنه قد يقال في شريعة مثل الشريعة الإسلامية ، التي عنيت بتنظيم
علاقات الناس وضروب معاملاتهم وتصرفاتهم طلبا للمصلحة ، بجانب عنايتها بالعقائد
والعبادات ، بأنه يجب ألا يقدم أحد على عقد أو شرط في عقد لا يتفق وأصول
الإسلام العامة . وبخاصة ، والقرآن حين تكلم عن وجوب الوفاء بالعقود لم يستثن
أنواعا خاصة منها من وجوب إمضاها والوفاء بها ، ولم يشترط في العقود المالية إلا
أن تكون صادرة عن الرضا والاختيار .

٥٧٧ - ومهما يكن ، فالفقهاء ليسوا على اتفاق فيما يختص بحرية المتعاقدين
في إبرام ~~العقود~~ العقود التي يرونها ، ولا في اشتراط ما يشاءون من شروط . هناك الظاهرية
والحنفية ، ثم الشافعية الذين يكادون لا يفترون عن الأحناف من ناحية الأسس
والأصول ، وإن كانوا أشد تضيقا منهم في ناحية التطبيقات ، ثم المالكية الذين
وسعوا على الناس أكثر من الأحناف ، وأخيرا الحنابلة ، وبخاصة ابن تيمية منهم ،
الذين جروا في التوسيع والتيسير إلى آخر الشوط . ولهذا ، فكتفي ببيان مذهب
أهل الظاهر ، ثم الأحناف ، وأخيرا الحنابلة .

هذه المسألة كثرت فيها الآراء والمذاهب ، ولهذا يحسن البدء ببيان مبدئين ذهب إلى كل منهما جماعة من الفقهاء ، وكان الآخرون وسطاً بينهما :

٥٧٨ - الأول ، هو أن الأصل في العقود وأحكامها وما يتصل بها من شروط الحظر ، فلا يجوز من ذلك كله إلا ما ورد به الشرع وأجازه . ومعنى هذا أنه ليس لإرادة المتعاقدين أى سلطان فى إنشاء عقد أو اشتراط شرط لم يأذن به الشرع وقال به أصل من أصوله .

٥٧٩ - والثانى ، هو أن الأصل فى ذلك كله الحل والإباحة ، إلا ما جاء الشرع بتحريمه والمنع منه ، سواء فى ذلك العقود والشروط .

وإلى المبدأ الأول ذهب أهل الظاهر ، أتباع داود بن على أولاً ، ثم ابن حزم الأندلسى ثانياً ، « فلم يصححوا لاعتقاد ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه ^(١) » ، أى أبطلوا العقد والشرط معاً .

٥٨٠ - وإذا كان هذا مذهب الظاهرية ، فإن كثيراً من أصول أبى حنيفة والشافعى وطائفة من أصحاب مالك وأحمد تنبنى على هذا ، كما يقول تقي الدين ابن تيمية ^(٢) ؛ إذ يعلل بعضهم بطلان عقد من العقود بكونه لم يرد به أثر أو قياس ؛ كما يعلل آخرون فساد هذا الشرط أو ذاك مثلاً بأنه يخالف مقتضى العقد ، هذا المقتضى الذى عرفنا تحديده من الشريعة نفسها ، كما يصحح هؤلاء بعض الشروط لورود الشئ أو الأثر بها ، وإن كانت مخالفة لمقتضى العقد والفرض منه ، كما سيأتى بيانه فى صحة اشتراط الخيار عند الأحناف .

على أنه مهما كان ابتناء بعض أصول الأئمة غير الظاهرية على هذا الأصل ، فإنهم يوسعون فى العقود والشروط أكثر منهم بكثير حين قالوا بالقياس والآثار ، وبهذا لم يذهبوا إلى ما ذهب إليه أهل الظاهر من التضييق إلى حد لا يقبله العقل ، ولا تقوم عليه المعاملات والعلاقات بين الناس ، هذه المعاملات التى يحدث الكثير الجديد منها باختلاف الزمان والمكان .

(١) فتاوى ابن تيمية ، ٣ : ٣٢٣ . (٢) نفسه ، ٣٢٣ - ٣٢٤ .

٥٨١- لكن الذين ذهبوا إلى المنع من العقود والشروط إلا ما أذن به الشارع ، بأن ثبت بنص من الكتاب أو السنة ، أو بإجماع المسلمين . هؤلاء يقولون بأن الشريعة الصالحة لأن تقوم عليها أمة يجب أن تنظم شئون الأمة جميعاً ، حتى ما كان منها خاصاً بالعقود ، وبهذا تقوم المعاملات - المالية وغيرها - بين الناس على أساس من العدل ينفي أن يضارَّ بعض الناس ببعض ، إذا تركت لهم الحرية في عقد ما يريدون من عقود واشتراط ما يشاءون من شروط .

وبخاصة ، وقد أمرنا بالوفاء بالعقود ، فإذا تعاقدنا على ما لم يرد في الشريعة وأصولها ، ثم أوجبنا على أنفسنا الوفاء بما التزمناه ، نكون قد حرّمنا أو أحلّنا على غير ما شرع الله ، وذلك مالا يصح القول به من مؤمن بشريعته حقاً .

٥٨٢- ثم ، أهل الظاهر هم أهل نصوص لا قياس ، ولهذا نجدهم يستدلون أيضاً لمذهبهم بما روى عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » . ولهذا يرى ابن حزم ، بعد أن رضى هذا الحديث يقول : « فصيح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه ، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه ، أو بإباحة التزامه بعينه » (١) .

ويستدلون أيضاً بنص آخر ، هو حديث عن الرسول أيضاً جاء في الصحيحين البخارى ومسلم . ولهذا الحديث قصة ، هي أن عائشة رضى الله عنها اشترت جارية تسمى بَريرة لتعتقها ، فشرط أهلها أن يكون لهم ولاؤها مع أن الولاية يكون شرعاً لمن أعتق ، فذكرت عائشة ذلك للرسول صلى الله عليه وسلم ، فقال خذها واشترطى لهم الولاية فإنما الولاية لمن أعتق (٢) ، ثم قام الرسول في الناس وقال : « أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ! ما كان من شرط ليس في كتاب

(١) الإحكام في أصول الأحكام ، ج ١ : ٣٢ .

(٢) أى ليس عليك الوفاء بهذا المشرط ، لأنه باطل لمخالفته الشريعة .

الله، فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق^(١) وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق^(٢).

وقد جاء الحديث في رواية البخارى هكذا : « عن عائشة رضى الله عنها أن بريرة جاءت تستعينها في كتابتها ، ولم تكن قضت من كتابتها شيئا ، قالت لها عائشة : ارجعى إلى أهلِكَ ، فإن أحببوا أن أفضى عنك كتابتك ويكون ولاؤك لى فعلت ، فذكرت ذلك بريرة لأهلها فأبوا ، وقالوا : إن شأنا أن تحتسب عليك فلتفعل ، ويكون ولاؤك لنا . قالت : فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ابتاعى فأعتقى ، فإنما الولاء لمن أعتق . ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ! من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله عز وجل فليس له ، وإن اشترط مائة شرط ، شرط الله أحق وأوثق^(٣) . »

٥٥٣ - وإذا كان مجرد شرط من الشروط ، في عقد من العقود ، يكون باطلا ، لأنه لم يرد نص به ، أو لم يثبت بإجماع من المسلمين ، فبالأولى يكون العقد الذى هذه صفته باطلا ، فلا يجب الوفاء به . ونلاحظ هنا أن عقد البيع والشراء صح ، لأنه ورد بجوازه نص القرآن ، أما الذى بطل فهو شرط الولاء لغير المعتق لما ذكرنا .

على أن المخالفين لأصحاب هذا المذهب يقولون بأن الشرط الذى ليس في كتاب الله أو سنة رسوله ، هو الشرط الذى يخالف هذا أو ذاك . ثم يقولون أيضاً بأن الشرط الذى دل القياس أو الاجماع على صحته ، وإن لم يرد نصاً في الكتاب أو السنة ، يكون قد دُل عليه من طريق غير مباشر بأحدهما لأن القياس أو الإجماع لا بد أن يكون لهما سند من الكتاب أو سنة الرسول .

(١) وفي رواية : كتاب الله أحق الخ (٢) فتاوى ابن تيمية ، ج ٣ : ٣٢٥ .
(٣) التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح للزيدي ، ج ١ : ١٤٧ من طبعة الحلبي بالقاهرة عام ١٣٣٥ هـ .

٥٨٤ — هذا جماع أدلة المضيّقين في العقود والشروط إلى الحد الذي رأينا .
أما خصومهم من جمهور الفقهاء ، وبخاصة الحنابلة وابن تيمية منهم بصفة أخص ،
فإن مبدأهم الذي صدروا عنه هو أن الأصل في العقود وما يتصل بها من شروط ،
الإباحة ، فكل ما لم يمنعه الشرع منها مباح استصحابا لذلك الأصل .

ولم فيما ورد من القرآن في هذا دليل حاسم ، نعى الآيتين اللتين ذكرناهما
أول البحث . فالآية الأولى لم تشترط لصحة العقد إلا أن يكون صدر عن العاقدین
بالرضا والاختيار ، والثانية أوجبت الوفاء بكل عقد دون استثناء ، ولا يكون الوفاء
بالعقد لازما إلا إذا كان صحيحا ، وذلك فضلا عن آيات وأحاديث أخرى تحض
على وجوب القيام بما التزمه المرء من عقود وعهود . والنتيجة لهذا كله ، صحة ما كان
من عقد أو شرط لم يحرمه الشارع أو ينهى عنه ، وإن كان لم يرد به نص في الكتاب
والسنة . وإذا يكون تحريم شيء من العقود أو الشروط التي يتعامل الناس بها دفعا
للحاجة وتحقيقا للمصلحة ، بغير دليل شرعي ، تحريما لما لم يحرمه الله ^(١) .

٥٨٥ — وكذلك ، فالفرق كبير بين العبادات والعادات ، فيما يختص بالصحة
والفساد والتحليل والتحريم ؛ نريد أن نقول بأن العبادات يجب ورود الشرع بها ،
أما العادات فلا يفتقر تقريرها وإيجابها إلى ورود الشرع بها . ولا شك أن العقود
من العادات التي نراها من المسلم وغير المسلم على السواء ، وإذا ، فيكفي في صحتها
ألا تحرمها الشريعة ، فإن لم تفعل تكون حلالا وصحيحة استصحابا لمبدأ أن الأصل
فيها الإباحة ^(٢) .

وقد يضم إلى هذا كله ، ما روى عن الرسول من طرق كثيرة يُقوّى بعضها
بعضا ، من قوله : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حراما حلالا أو أحل حراما ،
والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرام حلالا أو أحل حراما » ، رواه الترمذي وقال
حديث حسن صحيح ؛ كما روى أيضا عنه صلى الله عليه وسلم : « الناس على شروطهم »

ما وافقت الحق . وهذا المعنى ، كما يقول ابن تيمية ، هو الذى يشهد له الكتاب والسنة^(١) .

٥٨٦ - وفى بيان التفرقة بين العادات ، ومنها العقود ، وبين العبادات ، حيث لا يشترط نص الشارع فى الأولى ويشترط فى الثانية ، عقد الإمام الشاطبى فصلا من كتابه الموافقات يذكر فيه ما نصه^(٢) : « إن الأصل فى العادات الالتفات إلى المعانى لأمر :

أولها : الاستقراء ، فإننا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار ؛ فترى الشيء الواحد يمنع فى حال لا تكون فيه مصلحة ، فإذا كان فيه مصلحة جاز فيبيع الرطب باليابس يمتنع حيث يكون مجرد غررٍ وربا من غير مصلحة ، ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة ، ولم نجد هذا فى باب العبادات مفهومًا كما فهمناه فى العادات

والثانى ، إن الشارع توسع فى بيان العلل والحكم فى تشريع باب العادات كما تقدم تمثيله ، وأكثر ما علل فيها بالمناسبات التى إذا عرض على العقول تلقته بالقبول ؛ فهما من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعانى ، لا الوقوف على النصوص ، بخلاف باب العبادات فإن المفهوم فيه خلاف ذلك^(٣) . وقد توسع فى هذا القسم مالك رحمه الله ، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة ، وقال فيه بالاستحسان ، ونقل عنه أنه قال إنه [أى الاستحسان] تسعة أعشار العلم ، حسماً يأتى إن شاء الله .

والثالث ، إن الالتفات للمعانى قد كان معلوماً فى الفترات [أى التى خلت من الرسل] ، واعتمد عليه العقلاء حتى جرت بذلك مصالحهم . فدل هذا ، على أن المشروعات فى هذا الباب جاءت متممة لجريان التفاصيل فى العادات ، على أصولها المعهودات . ومن هنا أقرت هذه الشريعة جملة من الأحكام التى جرت فى

(١) فتاوى ابن تيمية ٣ ، ص ٣٣٣ (٢) ٢ : ٢١٣ - ٢١٤

(٣) أى إنه يجب الوقوف فيها على النصوص وتسليمه ، كما ذكر صراحة فى الفصل التالى ص ٢١٤ .

الجاهلية ، كالدية والقسامة ... والقِرَاض ... وأشباه ذلك ، مما كان عند أهل الجاهلية محموداً ... وهي كثيرة .

٥٨٧ — هذا ، وإن كان لنا أن نقول كلمة في هذين المذهبين المتعارضين ، مذهب المانعين للعقود والشروط إلا ما ورد الشرع بجوازه ، ومذهب المبيحين لكل ما لم يحرمه الشرع من ذلك ، فإننا نرى أن الحق أن نأخذ بالمذهب الأول في عقود الزواج ، وبالمذهب الثاني في العقود المالية ، وذلك حرصاً على ما للزواج من حرمة وقداسة ، ولما يكون عنه من أسرة تتطلب الاستقرار ، ومخافة أن تذهب بها الأهواء حين تتحكم في الشروط ، فضلاً عما في الزواج من جانب العبادة التي تتطلب دائماً إذن الشارع والسير وفق نصوصه .

أما في العقود المالية ، فليس الأمر كذلك بحال ، وبخاصة ولكل عصر وبلد عقودها وما تعارفه فيها ، فيكون من الضيق والتعسير على الناس أن تتطلب لكل عقد أو شرط نصاً شرعياً يميزه ، بل لنا بحق أن نكتفي في هذا بصدورها عن الرضا والإرادة والاختيار ما دام لا يتعارض مع شيء من الكتاب والسنة ، وإلا اشتهت حركة التجارة التي اتسعت في عقودها وشروطها إلى حد كبير لم يعرفه الفقهاء ، ووقع الناس من ذلك في حرج شديد ، والله يقول : « يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ » .

٥٨٨ — وبعد كلامنا بصفة عامة على هذين المبدأين العامين ، مبدأ المنع الذي أخذ به الظاهرية إلى أبعد الحدود ، ومبدأ الإباحة الذي جرى عليه ابن تيمية إلى حد بعيد كذلك ، نذكر بصفة خاصة مذهب الأحناف ثم مذهب الحنابلة وبخاصة ابن تيمية ، في شيء من التفصيل .

أما عند الحنفية ، فمن المعلوم أنهم يقرون العرف ، ويعملون الثابت به كالثابت من النص ، لأن ما ثبت به يكون معتمداً حتماً على دليل شرعى ، وهم في هذا يعتمدون على هذا الأثر : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »^(١) ، ويقولون في هذا : والعرف في الشرع له اعتبار لذا ، عليه الحكم قد يدار

(١) رسائل ابن عابدين ، ج ٢ : ١١٥ ؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه للعصوي ج ١ : ١٢٦ وما بعدها .

ومن أجل ذلك ، تراهم يحملون العرف العام ، الذي لا يختص ببلد دون بلد ، يصح أن يعارض أدلة الفقه الأخرى . ولهذا أيضاً ، يرون أن الشرع يقر ما يقره العرف ، إلا إذا كان هناك نص يخالفه ، ومن ثم أجازوا كثيراً من العقود والشروط التي لا تشهد لها نصوص من الشريعة .

٥٨٩ - وفي هذا يقول العلامة ابن عابدين^(١) : اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص [وهنا لا اعتبار للعرف لأنه لا يصح أن يخالف النص] ... وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأى ، وكثير منها يبنيه المجتهد على ما كان في عرف زمانه ، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً . ولهذا قالوا ، في شروط الاجتهاد ، إنه لا بد من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان ، لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً لزمّت المشقة والضرر بالناس ، ونخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ورفع الضرر والفساد ، لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام .

ولهذا ، نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة ، بناها على ما كان في زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال ما قالوا أخذاً من قواعد مذهبه . فمن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه ، لانقطاع عطايا المعلمين التي كانت في الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجر لضايعوا وضاع عيالمهم ، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة لضاع القرآن والدين . فأفتوا بأخذ الأجرة عليه ، وكذا على الإمامة والأذان ، مع أن ذلك يخالف لما اتفق عليه أبو خنيفة وأبو يوسف ومحمد من عدم جواز هذا الاستئجار وأخذ الأجرة عليه . ثم يقول بعد ذلك^(٢) : « فهذا كله وأمثاله ، دلائل واضحة على أن المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية ، من غير مراعاة الزمن وأهله ؛ وإلا يضيع حقوقاً كثيرة ويكون ضرره أعظم من نفعه »

(١) رسائل ابن عابدين ، ٢ : ١٢٥ - ١٢٦ (٢) الرسائل ، ٢ : ١٢١ - ١٢٢

بهذه القاعدة ، قاعدة العرف واعتباره دليلاً شرعياً ما لم يكن مخالفاً للنص ، وسّع الحنفية كثيراً في أبواب العقود والشروط ؛ حتى لم يكن القول بلا ريب بأن كثيراً من العقود ، التي يعرفها عصرنا الحاضر ، يقرها مذهب الأحناف ، ما دامت لا تعارض نصاً من نصوص الشريعة . ويجب أن نلاحظ هنا أنه يوجد فرق كبير جداً بين الشريعة والفقه الأولى تنزيل من رب العالمين ، والثاني عمل رجال أمثالنا ، فلنا أن نأخذ وندع مما قالوا ورأوا ما دُمنا ندور في فلك الكتاب والسنة . وفي ناحية الشروط بخاصة ، نرى الأحناف يقسمون الشروط التي تقترب بالعقود ، إلى شروط صحيحة ، وشروط فاسدة ، وأخرى باطلة^(١) .

٥٩٩ - (١) الشرط الصحيح هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد ، أو مؤكداً لهذا المقتضى ، أو أذن به الشرع ، أو جرى به العرف . وهذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به ، فيكون العقد صحيحاً معه طبعاً بلا خلاف ، وإن كان أهل الظاهر يخالفون فيما لم يأذن به الشرع ، وذلك بناء على مذهبهم والأصل الذي انبنى عليه .

فالصورة الأولى ، كما إذا شرط البائع على المشتري أن يسلمه الثمن قبل أن يسلم المبيع . والثانية ، كاشتراط البائع أن يأخذ رهناً أو كفيلًا بالثمن إذا طلب المشتري تأجيله ، واشتراط ولي الزوجة على زوجها أن يمسكها بمعروف أو يفارقها بإحسان إن أصبحت الحياة الزوجية غير ميسورة بينهما . ومن مثل الصورة الثالثة ، اشتراط خيار الشرط للبائع أو المشتري مدة معينة ، فإن مقتضى عقد البيع لزومه بعد انتهاء مجلس العقد ، ولكن السنة وردت به فصار شرطاً صحيحاً . ومن مثل الصورة الرابعة ، شراء ساعة أو راديو بشرط أن يتعهد البائع بالإصلاح مدة معينة ، ومنها شراء تذكرة للسفر إلى أوروبا من شركة ملاحية بشرط أن يجد من موظفيها الإرشاد والعون في الثغور التي ينزل بها .

(١) راجع في هذه الشروط ، المبسوط ١٣ : ١٤ وما بعدها ؛ شرح الزيلعي ، ٤ : ٥٧ وما بعدها ؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، ٤ : ١٢٦ وما بعدها ؛ فتح القدير ، ٥ : ٢١٥ وما بعدها ؛ الفرج الكبير وحاشية السوقي عليه ، عند المالكية ، ٣ : ٢٣ وما بعدها .

وحكم الشرط الصحيح ، بجميع صورته ، أنه يعتبر جزءاً من العقد ، فيصير ملزماً يجب الوفاء به ونفاذه ، لأن مشروطه لم يرض بالعقد إلا به .

٥٩١ - ب) والشرط الفاسد ، هو ما لم يكن شيئاً من ذلك كله ، ولكن في اشتراط منفعة لأحد المتعاقدين أو شخص آخر . ومن صورته من يبيع سيارة له على أن يستخدمها شهراً بعد البيع ، أو يبيع عربة له على ألا يخرج مستأجرها ، أو داراً على أن يظل مقياً بها مدة معينة ، أو تزوج امرأة رجلاً وتشرط ألا يخرجها من بيت أهلها . أو يشترط هو أن تستمر في وظيفتها إن كانت موظفة ، أو أن يؤجر امرؤ أرضاً له على أن يؤجر منها المستأجر بعضها لفلان معين من الناس . هذه الصورة وأمثالها ليست ، كما نرى بوضوح ، من مقتضى العقد ، أو مؤكدة له ، أو جاء بها إذن الشارع ، أو تعارفها الناس ، ولكنها مع هذا فيها منفعة لبعض الناس .

وهذا الشرط الفاسد إذا وجد في عقد من عقود المعاوضات المالية ، كالبيع والإجارة والقسمة مثلاً ، أفسده ولكنه يكون لغواً في العقود الأخرى ، مثل التبرعات والتوثيقات والزواج ، وتصح هذه العقود .

والعلة في هذه التفرقة ، أن القصد في العقود المالية هو تعادل كل من طرفي العقد ، ولهذا يعمل كل منهما على هذا التعادل باشتراط ما يرى من شروط . فإذا أبطلنا الشرط الذي رضى أحد المتعاقدين بالعقد على أساسه ، وجعلنا العقد مع هذا صحيحاً ، ذهب التعادل المقصود وفات الرضا بالعقد فيضار صاحب الشرط ، وفي الشريعة أنه لا ضرر ولا ضرار^(١) .

٥٩٢ - وكثير من الفقهاء يطلون فساد العقد هنا ، لاقتراحه بالشرط الفاسد ،

(١) ولهذا نجد ابن تيمية يذكر ، من حجج أبي حنيفة والشافعي في بطلان البيع بالشروط الفاسدة « أن البائع إنما رضى بزوال ملكه عن البيع بشرطه ، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له . فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضي » . نظرية العقد ، وهي الجزء الخامس بالعقود والشروط من فتاويه ، ص ٢١٥ .

بأن هذا بيع وشرط ، وقد نهى عنه ، أو لأنه يؤدي إلى الربا ، أو لأنه صفقتان في صفقة ، وقد نهى عنه أيضاً . ولهذا نرى في كتاب البداية ما يأتي^(١) :

« ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه ، أو أمة على أن يستولدها ، فالبيع فاسد . لأن هذا بيع وشرط ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط . ثم جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد ، كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط . وكل شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه ، وهو من أهل الاستحقاق ، يفسده ، كشرط ألا يبيع المشتري العبد المبيع ، لأن فيه زيادة عادية عن العوض فيؤدي إلى الربا ، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعبرى العقد عن مقصوده ، إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس .

ولو كان لا يقتضيه العقد ، ولا منفعة فيه لأحد ، لا يفسده وهو الظاهر من المذهب ، كشرط ألا يبيع المشتري الدابة المبيعة ، لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة . [و] إذا ثبت هذا نقول : إن هذه الشروط لا يقتضيها العقد ، لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخير لا الإلزام حتماً ، والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه .

وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً ، أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهماً ، أو على أن يهدي له هدية ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه عليه السلام نهى عن بيع وسلف . ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلها يكون إجارة في بيع ، وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة . أما في الزواج ، والتبرعات كالمبة والوصية ، والتوثيقات كال كفالة والحالة ، فليس هناك معاوضة مالية حتى يخشى أن يفوت تعادل الطرفين فيها إذا أبطلتا الشرط

وجعلنا العقد صحيحاً ؛ ولهذا قلنا بإلغاء الشروط الفاسدة ، وصحة العقود التي اشترطت فيها ، مادام ليس فيها معاوضات مالية .

٥٩٣ - هذا ، وقد عني الفقهاء ببيان ما يصح وما لا يصح تعليقه بالشروط

الفاسدة ، وما يبطل وما لا يبطل بها ، ومن ذلك ما نقله بنصه عن الفتاوى الهندية ^(١) ، وهو : « وجعل ما لا يصح تعليقه بالشروط ويبطل بالشروط الفاسدة ثلاثة عشر : البيع ، والقسمة ، والإجارة ، والرجعة ، والصلح عن مال ، والإبراء عن الدين ، والحجر عن المأذون ، وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي ، وتعليق إيجاب الاعتكاف بالشروط ، والمزارعة والمعاملة ، والإقرار ، والوقف في رواية .

وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون : الطلاق ، والخلع بمال وبغير مال ، والرهن ، والقرض ، والهبة والصدقة ، والوصاية والوصية ، والشركة ، والمضاربة ، والقضاء والإمارة ، والتحكيم ، عند محمد رحمه الله تعالى ، والكفالة ، والحوالة ، والإقالة ، والنسب ، وإذن العبد في التجارة ، ودعوة الولد ، والصلح عن دم المهد والجراحة التي فيها القصاص حالا أو مؤجلاً ، وجناية النصب ، والوديعة ، والعمارة ، إذا ضمن فيها رجل وشرط فيها كفالة أو حوالة ، وعقد الذمة ، وتعليق الرد بالعيب بالشروط ، وتعليق الرد بخيار الشرط ، وعزل القاضي . والنكاح لا يصح تعليقه بالشروط ولا إضافته ، ولكن لا يبطل بالشروط ويبطل الشرط ، وكذا الحجر على المأذون ، وكذا الهبة والصدقة ، والكتابة بشرط متعارف وغير متعارف يصح ويبطل الشرط .

وما تصح إضافته إلى زمان في المستقبل أربعة عشر : الإجارة وفسخها ، والمزارعة والمعاملة ، والمضاربة ، والوكالة ، والإيصاء والوصية والقضاء ، والإمارة ، والطلاق ، والعناق ، والوقف .

وما لا تصح إضافته إلى زمان في المستقبل تسعة : البيع ، وإجارته وفسخه ،

والقسمة ، والشركة ، والهبة ، والنكاح ، والرجعة ، والصلح عن مال ، والإبراء عن الدين^(١) .

٥٩٤ — ج والشرط الباطل ، هو ما لم يتحقق فيه شيء مما يجب أن يتحقق في الشرط الصحيح ، ولم يكن فيه مع هذا منفعة لأحد ما . وذلك كالذي يبيع داراً على ألا يسكنها أحد مدة معينة ، أو يبيع سيارة على ألا يستعملها أحد يوماً كل أسبوع . وحكم هذا الشرط أنه لغو باطل لا قيمة له ، ولكن العقد صحيح ؛ سواء أكان من عقود المعاوضات ، أم من العقود الأخرى كالهبة أو الكفالة أو الزواج .

٥٩٥ — وقبل أن نترك الكلام عن مذهب الأحناف في هذه المسألة ، نلاحظ أن عبد الله بن شبرمة^(٢) ذهب إلى أن كل العقود التي اقترن بها ما نسميه بالشروط الفاسدة تكون صحيحة هي وشروطها ، لا فرق بين عقود المعاوضات المالية وغيرها (فتاوى قاضيخان من باب الشروط في البيع) . كما نلاحظ أن فقيهاً آخر ، هو ابن أبي ليلى ، المتوفى عام ١٤٨ هـ ، ذهب إلى أن هذه الشروط الفاسدة لا تؤثر في العقد مطلقاً ، عقد معاوضة أو غيره ، فتبطل هي ويكون العقد صحيحاً .

وقد يشهد لصحة العقد في رأى هذين الفقيهين ما رواه البخاري من أن جابراً رضي الله عنه باع النبي صلى الله عليه وسلم جملاً واشترط حُمْلانَه عليه إلى أهله ، وأقره النبي على ذلك ودفع الثمن له^(٣) . فإن اشتراط الحُمْلان على الجمل الذي باعه شرط فاسد ، لأنه استثناء منفعة للبائع وتقييد للمشتري ، ومقتضى العقد ملكية

(١) وراجع أيضاً ، شرح الزيلعي ٤ : ١٣١ — ١٣٤ ؛ فتح القدير ، ٥ : ٢١٤ — ٢١٨ . وراجع أيضاً الفروق للفراقي ١ : ٣٧٥ — ٣٧٦ ، فقد آتى بكلام جيد في الفرق بين قاعدة قبول الشرط وبين قاعدة قبول التعليق على الشرط . وتناول في ذلك العقود المختلفة ، وكذلك بعض العبادات ، من هذه الناحية .

(٢) توفي عام ١٤٤ هـ ، وكان قاضي الكوفة وفقهياً دينياً .

(٣) راجع كتاب سبل السلام ، ٣ : ٦ ؛ وأظن كشف القناع ، ٢ : ٣٨ . على أنه يستفاد من الحديث ، في بعض رواياته ، أن الرسول لم يكن يقصد الفراء لأنه رد إلى جابر كجمله مع الثمن . راجع سبل السلام ، ٣ : ٨ .

المشتري بلا قيد لما اشتراه . ولكن ، ألا يعتبر رضا الرسول عليه السلام بذلك الشرط إذناً منه باعتباره شارعاً ، فيكون شرطاً صحيحاً وإن خالف مقتضى العقد ولم يجز به عرف ؟

٥٩٦ - وأخيراً ، نصل إلى الكلام على مذهب الحنابلة وبخاصة الإمام ابن تيمية . وقد تركنا عمداً الكلام عن مذهب الشافعية لقربه من مذهب الأحناف ، وعن مذهب المالكية لقربه من مذهب الحنابلة ، وقد يجيء عرض الكلام عنهما أيضاً أثناء الكلام عن الحنابلة .

٥٩٧ - يميز الحنابلة من العقود والشروط ما لم يُجزه غيرهم ، ومن ذلك اشتراط المشتري صفة معينة في المبيع ، أو اشتراط البائع للسيارة مثلاً أن يستخدمها قبل تسليمها مدة كذا ، أو توصيل البائع الشيء المبيع لدار المشتري ، أو أن يكون على الزوج ألا يتزوج على امرأته أو أن يبقيا مع أهلها أو في دارها مثلاً . . . هذه الشروط وأمثالها ، شروط صحيحة يجب على من التزمها الوفاء بها ؛ لا فرق بين أن يكون هذا في عقود المعاوضات المالية ، أو في عقود التبرعات أو التوثيقات أو الزواج وما يتصل به .

٥٩٨ - وبكلمة واحدة ، إن الحنابلة يجيزون كل شرط يشترطه أحد المتعاقدين في العقد ، إلا في حالتين :

(أ) أن يكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد والغرض منه ، إذ في هذا الشرط منع لأحد المتعاقدين من استعمال ما يثبت به العقد له من حقوق . مثل أن يبيع أحد داراً لآخر على شرط ألا يبيعها مطلقاً ، أو على أن يقفها على جهة ما ولو كانت جهة خير ، أو بشرط أن يسكن فيها لا أن يؤجرها للغير . وهذا الضرب من الشروط وإن كان فاسداً ، إلا أنه لا يُفسد العقد ، بل يعتبر الشرط لاغياً والعقد صحيحاً^(١)

(ب) أن يكون الشرط مخالفاً لحكم الله ورسوله ، كما إذا اقتضى الشرط أن يجمع

(١) كشف القناع ، ج ٢ ، ص ٤٠٠ ؛ منتهى الإرادات لابن يونس البهوتي الحنبلي ، ج ٢ ، ص ٢٦٠

المتعاقدان صنفين في عقد واحد ؛ وذلك مثل أن يقرض فلان فلاناً مبلغاً من المال على أن يشتري به منه شيئاً من الأشياء ، أو أن يدفع تاجر قطن مثلاً مبلغاً من المال قرضاً لمزارع على ألا يبيع قطنه في المستقبل إلا له . ومثل هذه الشروط شروط فاسدة واشتراطها في العقود يفسدها ^(١) ؛ أولاً : لأن الرسول نهى عن صنفين في صفقة ، ولأنها تؤدي غالباً إلى نزاع بين المتعاقدين في العقد الآخر الذي اعتبر شرطاً للعقد الأول ؛ ومع هذا ، ففي بعضها شبهة الربا في صورة قرض جرّ نفعا .

٥٩٩ — هذا ، عن الحنابلة بصفة عامة ، أما ابن تيمية بخاصة فهو أوسع صدرًا للشروط ، إذ يجيز منها كل شرط لا يناقض حكم الله ورسوله ، ولا يستثنى في هذا ، وسندكر بعض تطبيقاته لهذا الأصل الذي يستدل له — مع من يوافقه في الرأي — بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً » ، وبقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » . ولكن ، علينا قبل ذكر هذا ، أن نبين كيف يستدل ابن تيمية بالنقل والعقل للمذهب الذي ذهب إليه .

إنه يقول : « إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يَحْرُم وَيَبْطُل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به ، وأصول أحمد رضى الله عنه المنصوصة يجرى أكثرها على هذا القول ، ومالك قريب منه ، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط ، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه » ^(٢) .

ومعنى هذا ، أن ما يعقده الناس من عقود ، وما يلتزمونه من شروط ، ليس لنا أن نقول بتحريمه إلا إذا ورد الشارع بذلك ، لأنه لا يصح إلا إذا ورد منه حله ^(٣) .

(١) أراجع المشرح الكبير ، ٢ : ٤٠ ؛ كشف القناع ، ٣ : ٦٤ — ٦٥ ؛ منتهى الإرادات ، ٢ : ٢٥ .

(٢) الفتاوى ، ٣ : ٢٢٦ ، ص ٣٢٩ وما بينهما ؛ (٣) أنظر المرجع نفسه ، ص ٣٣٨ .

وبعد هذا الأصل العام ، نرى ابن تيمية يسوق الكلام إلى الاستدلال عليه من آيات الكتاب وأحاديث الرسول ونظر العقل ، فساق كثيراً من الآيات والأحاديث التي سبق ذكر شيء منها ؛ وبخاصة قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، وقول الرسول : « والمسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » .

٦٠٠ — وأما صحة هذه العقود والشروط من ناحية العقل ونظره ، فإنه يقول : « إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية [أى ليست من العبادات] والأصل فيها عدم التحريم ؛ فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم . كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم ، وقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم » . عام في الأعيان والأفعال . وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة ، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة » ^(١) .

ثم يخلص إلى هذه النتيجة ، وهي أننا إن حرّمنا ما يجري بين الناس في المعاملات العادية من عقود وشروط ، بغير دليل من الشارع ، كنا قد حرّمنا ما لم يحرمه الله . لكن الأمر بخلاف ذلك في العقود التي ليست عادية ، أى في العقود التي فيها تشريع ما لم يأذن به الله [كأن يعير سيد أمته لآخر يستمتع بها ، كما يعيره شيئاً من متاعه] ، فإن هذا حرام طبعاً لا يجوز ^(٢) .

٦٠١ — والآن وقد ظهر ، بالنقل والعقل ، أنه لا يحرم من العقود والشروط ، أى من الالتزامات بصفة عامة إلا ما حرّمه الشارع ، فالوفاء بها واجب من ناحية الشارع والعقل كذلك إلا ما قام الدليل على بطلانه ، وبخاصة والوفاء بما يلتزمه الإنسان راضياً مختاراً من الواجبات التي تضافرت الملل والعقول جميعاً على القول بها . وأيضاً ، كما يقول ابن تيمية حرفياً ، فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد ، لأن الله تعالى قال في كتابه ^(٣) :

(١) الفتاوى ، ٣٠ ، ص ٣٣٤ (٢) المزیج فيه ، ص ٣٣٥ (٣) سورة النساء آية ٢٩

« إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وقال^(١) : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » ؛ فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ، فدل على أنه سبب له . . . وإذا كان طيب النفس هو المبيع للصداق ، فكذلك سائر التبرعات قياساً بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن . وكذلك قوله : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » لم يشترط في التجارة إلا التراضي ، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيع للتجارة ؛ وإذا كان كذلك ، فإذا تراضى المتعاقدان ، أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن ، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك^(٢) .

٦٠٢ - ويكاد ابن تيمية لا يستثنى من هذا الأصل أو الحكم العام إلا عقداً يناقض حكم الله ورسوله ، أو شرطاً يتعارض والمقصود من العقد .

فالأول لما روى في الحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها : « من أحدث في أمرنا — أو ديننا — هذا ما ليس منه فهو رد » وفي لفظ : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »^(٣) . ومن ثم اتفق علماء المسلمين جميعاً على أن كل شرط يناقض حكم الله ورسوله يكون باطلاً ؛ مثل أن يشترط أحد المتعاقدين في شراء جارية أو عبد أن يكون نسب الولد لغير أبيه ، أو أن يكون الولاء لغير المعتقد ، لأن الله يقول : « ادعهم لآبائهم » ، ورسوله يقول : الولاء لمن أعتق ، رداً على ما كان عليه الأمر في الجاهلية من انتساب الرجل لغير أبيه وتولى العبد متى صار حراً غير مواليه^(٤) .

وأما الضرب الثاني ، أي الشرط المنافي للمقصود من العقد ، فهو مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا ينتفع بما اشترى يبيع أو تأجير مثلاً ، وذلك باطل ، لأنه جمع بين المتناقضين ، أي بين إثبات المقصود ونفيه ، فلا يحصل شيء^(٥) .

٦٠٣ - في غير هاتين الحالتين يكون كل من العقد والشرط صحيحاً ؛ سواء

(١) سورة النساء آية ٤ (٢) الفتاوى ، ٣٣٦ : ٣٣٧ - (٣) نظرية العقد ، ص ١٤

(٤) المصدر نفسه ، ص ١٤ ، ١٥ (٥) الفتاوى ، ٣٣٧ : ٣٣٨

أكان ذلك في عقود المعاوضات ، أم التبرعات ، أم التوثيقات ، أى التأمينات بلغة القانون ، أم الزواج ونحوه . وسواء أكان الشرط استثناء منفعة في العقود عليه ، أم صفة يصح قصدتها في المبيع أو الزوج أو الزوجة ، أم غير هذا وذاك من الشروط . ففي كل ذلك ، الشرط لازم يجب الوفاء به ، وإلا كان للطرف الآخر حق فسخ العقد لأنه ما رضى عقده إلا بهذا الشرط ، وهبى العقود بصفة أساسية على الرضا كما هو مقرر ومعروف . ونرى أن نخص عقود المعاوضات والتبرعات وعقد الزواج بكلمة خاصة بكل ضرب منها ، من أجل أهميتها .

٦٠٤ - (١) عقود المعاوضات :

يجوز للبائع أن يستثنى ، مثلاً ، بعض منفعة الشيء الذى باعه ؛ كأن يبيع هذه الدار على أن يظل ساكناً بها مدة معينة ، أو السيارة على أن ينتفع بها مدة كذلك . كل ذلك جائز . لأنه تدل عليه الأصول والنصوص وكذلك للمشتري أن يشترط صفة معينة في المبيع ، وهذا واضح ويجرى عليه العمل كل يوم .

وفى هذا يروى ابن تيمية أنه : « قيل لأحمد [بن حنبل] : الرجل يبيع الجارية على أن يعتقها [أى المشتري] ، فأجازه ، قيل له إن هؤلاء ، يعنى أصحاب أبى حنيفة ، يقولون لا يجوز البيع على هذا الشرط ، قال : لم لا يجوز ؟ قد اشترى النبي صلى الله عليه وسلم بغير جابر ، واشترط [جابر] ظهره إلى المدينة ، واشترت عائشة بريرة على أنها تعتقها ، فلم لا يجوز هذا ؟ »^(٢) .

هكذا يقول ابن حنبل ونرى أن استدلاله بحادث عائشة وبريرة يصح لو كان المالك للجارية هو الذى اشترط أن تعتقها أم المؤمنين حين تشتريها ، ولكن الأمر أن عائشة نفسها هى التى عرضت شراءها لتعتقها على أنه يكفى الاستدلال النقلى ، بعد دليل العقل ، بحادث سيدنا جابر ابن عبد الله رضى الله عنه حين باع بغيره للرسول وشرط أن يحمله للمدينة .

(١) الفتاوى ، ٣ : ٣٢٧ ؛ ونظريه المقدس ٢٤ . (٢) الفتاوى ، ٣ : ٣٤٣ .

٦٠٥ — ب) عقود التبرعات :

يجوز للمعتق أن يشترط في الاعتاق أن يخدمه عبده مدة حياته ، أو حياة السيد نفسه . وفي هذا ، ورد أن أم سلمة اعتقت عبدها سفيينة ، واشترطت عليه أن يخدم الرسول صلى الله عليه وسلم ما عاش^(١) وكذلك يجوز للقواهب ، أو الواقف ، أو المتصدق بالطريق الأولى ، أن يشترط لنفسه منفعة ما ينزل عنه بطريق من هذه الطرق مدة^(٢) ، وبخاصة ، والله يقول : « يا أيها الذين آمنوا انفقوا من ثورتكم مما رزقناكم من هذه الثروة الحلال » . وهنا ، نلاحظ أنه في عقود الواقفين لما يملكون على جهة من جهات الخير ، يشترط الواقف عادة فيها ، في أيامنا هذه ، أن ينتفع بما يقف على نفسه مدة حياته ، فهذا وقف وشرط لازم . كما نرى يوجب استثناء بعض منفعة الموقوف .

٦٠٦ — على أن هناك فرقا بين عقود التبرع وبين عقود المعاوضة في هذه المسألة ؛ ففي عقود المعاوضات يجب أن تكون المنفعة التي استثنائها أحد الطرفين في المقدم معلومة ، على حين لا يجب ذلك في عقود التبرعات . وابن تيمية يذكر في هذا ما يصحح أن يكون قاعدة عامة ، إذ يقول^(٣) :

« يجوز لكل من أخرج عينا عن ملكه بمعاوضة كالبيع والتخليع ، أو تبرع كالوقف والعق ، أن يستثنى بعض منافعها . فإن كان مما لا يصح فيه الفرار كالبيع ، فلا بد أن يكون المستثنى معلوما لما روى عن جابر ، وإن لم يكن كذلك ، كالعتق والوقف ، فله أن يستثنى خدمة العبد ما عاش عبده أو عاش فلان ، أو يستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف » .

وفي هذا تفرقة حكيمة يقرها العقل ، وتتفق مع طبيعة كل من هذين الضربين من العقود . فإن عقود المعاوضات مبناهما ، كما عرفنا ، على التعادل بين الطرفين ، بحيث لا يغبن أحدهما الآخر غبنا لا يحتمل عادة ، ومن هنا وجب أن

(١) الفتاوى ، ٣٠ ، ٣٢٧

(٢) نظرية المقدم ، ص ١٦ ؛ وانظر في الوقف بصفة خاصة ، الفتاوى ٣٠ : ٣٨٩ — ٣٩٠

(٣) الفتاوى ، ٣٠ ، ص ٣٤٢ — ٣٤٣

تكون المنفعة المستثناة المشروطة للبائع أو المؤجر مثلا معلومة محددة حتى لا يكون بعد نزاع . أما في التبرع ، فالأمر ليس كذلك ، إذ هو بطبيعته لا معاوضة فيه ، وإذا فالتعادل غير مطلوب ؛ فلا يمكن أن يتأني نزاع بين المتبرع والمتبرع له ، فما على المحسن من سبيل .

٦٠٧ — ج (الزواج) :

هنا ، نجد ابن تيمية يخالف كثيرا الأحناف والشافعية والمالكية ، فيجيز أن يشترط الزوج أو الزوجة في عقد الزواج ما شاء من الشروط التي فيها منفعة مقصودة ، مادامت لا تتعارض هي ونصوص الشارع ، ويقول في ذلك مانعه :

« ويجوز أحمد [بن حنبل] أيضاً في النكاح عامة الشروط التي للمشتراط فيها غرض صحيح ، لما في الصحيحين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج » . ويرى — بحق — طبقاً لهذا الحديث أن الشروط في الزواج أكبر خطراً منها في البيع والإجارة ونحوها ، فلهذا يكون الوفاء بما التزم منها أوجب وأؤكد^(١) .

وإذا قال الأحناف مثلاً بأن لعقد الزواج من الخطورة ما يجعله لا يقبل الفسخ ، ولأنه ليس عقد معاوضة ، بل إن مثل هذه الشروط تعتبر كأنها أمر كالي من باب الترفيه ، إن صح هذا التعبير ، فلاضير من عدم الوفاء بالتزامها — إذا قال الأحناف ومن يرون رأيهم هذا ، فإن لابن تيمية ومن يذهب مذهبه من الحنابلة أن يقولوا بأن الزواج لأنه على جانب كبير من الخطورة والقدسية ، إذ تقوم عليه أسرة ويكون منه حياة قارة هنيئة مراضى الزوجان كل عن الآخر ، كانت رعاية الشروط التي فيها منفعة يصح قصدها ألزم وآكد منها في العقود الأخرى .

ومن باب التطبيق على ذلك ، يكون على الزوج ألا يخرج الزوجة من بلدها أو دارها إن شرطت هذا في عقد الزواج ، فإن لم يف بذلك كان لها حق فسخ

(١) الفتاوى ، ٣ : ٣٢٧ ، ٣٣٢ ؛ ونظرية العقد ، ص ١٥٥ .

العقد^(١) . وكذلك لكل من الزوجين أن يشترط في الآخر صفة يصح قصدها ، كالجمال والجمال والبكارة [والتقافة وما يتصل بها] ونحو ذلك ، ويكون للمشترط حق فسخ النكاح عند فوات ما اشترطه ، لأنه لم يرض بالعقد إلا على أساسه . وهذا ، كما يقول ابن تيمية ، أصح روايتي أحمد بن حنبل ، وأصح وجهي أصحاب الشافعي ، وظاهر مذهب مالك رضي الله عن الجميع . ولا فرق في هذا بين أن يكون المشترط هو الرجل أو المرأة^(٢) .

٦٠٨ - والنتيجة لهذا كله ، أن العقود إذا شرط فيها أحد الطرفين صفة أو شرطاً لم يرض بالعقد إلا به ، ثم فاق هذا الشرط فلم يتحقق ، كان لنا أن نقول ببطالان العقد أو بحق من له هذا الشرط في فسخه ، متى كان هذا الشرط مما يصح قصده والإفادة منه . إذ إزماء عقداً لم يرض به ، يعتبر التزاماً لما لم يلتزمه ، بل لما لم يلزمه إياه الله ورسوله ؛ والمسلم لا يلزمه شيء إلا بالتزامه كما في العقود ، أو بإلزام الله ورسوله له .

٦٠٩ - وما أحسن وأحكم وأوجز هذه العبارة التي نقلها بنصها عن ابن تيمية لتكون خاتمة لمذهبه في العقود ، ما يصح منها وما يصح ، وفيما يجوز أو لا يجوز اشتراطه من الشروط :

« ومقاصد العقلاء إذا دخلت في العقود ، وكانت من الصلاح الذي هو المقصود لم تذهب عفوا ولم تهدر رأساً ؛ كالأجال في الأعواض ، ونقود الأثمان المعينة ببعض البلدان ، والصفات في المبيعات ، والحرفة المشروطة في أحد الزوجين . وقد تفيد الشروط مالا يفيد الإطلاق ، بل ما يخالف الإطلاق »^(٣) .

وبعد ، فإننا نعتقد - بحق - بعد ما تقدم ، أن ما ذهب إليه ابن تيمية ، في هذه المسألة ، فيه توسعة جدّ كبيرة على الناس في المعاملات ، وفيه ما يساعد على أن يكون في الفقه الإسلامي حلول لكثير من المشاكل التي تجد كل يوم في علاقات الناس بعضهم ببعض ، في سائر النواحي ومنها عقود المعاوضات والزراج .

(١) نظرية العقد لابن تيمية ، ص ٢٤ ؛ وأنظر أيضاً ص ١٦ ، في شرط المرأة على الرجل ألا يتسرى أو يتزوج عليها ، و ص ١٦١ - ١٦٢ .

(٢) الفتاوى ، ج ٣ : ٣٤٦ ؛ ونظرية العقد ، ص ١٥٦ - ١٥٧ .

(٣) نظرية العقد ، ص ٢١١ .

الباب الثالث أقسام العقد

٦١٠ — ينقسم العقد إلى ضروب مختلفة من التقاسيم ، وكل منها يستند إلى اعتبار خاص . هذا الاعتبار قد يكون استكمالاً أو عدم استكمالاً لأركانه وشروطه ، أو بتعبير آخر قد يكون بحسب حكمه ووصفه . وقد يكون بحسب طبيعته . أو بحسب اتصال حكمه بصيغته أو عدم اتصاله بها . كما قد يكون ، أخيراً ، بحسب آثاره التي تكون عنه .

أولاً — حسب حكمه ووصفه

٦١١ — هنا ، نرى الفقهاء يصفون بعض العقود بأنها حرام كالربا ، أو حلال كالبيع والإجارة . كما قد يصفون العقد الواحد مرة بأنه واجب ، ومرة بأنه سُنة ، وأخرى بأنه مكروه . وذلك مثل الزواج ، فإنه واجب عند اشتهاء المرأة والإحساس بعدم الاستغناء عنها ، وإلا وقع في الزنا ، وهو سنة عند عدم وجود هذه الحالة مع القدرة على القيام بحقوقه ؛ وهو مكروه ، أو حرام ، عند تيقن المعجز عنه وعن القيام بحقوقه^(١) . وتارة نرى من الفقهاء القول بأن حكم هذا العقد كذا ، وحكم العقد الآخر كذا وهكذا دواليك إلى مختلف أنواع العقود . مثلاً ، حكم عقد البيع ثبوت ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع ؛ وحكم عقد الإجارة ، ثبوت ملكية منفعة العين المستأجرة للمستأجر ، وملكية الأجرة للمؤجر مالك العين ؛ وحكم عقد الزواج إفادته حل أن يتمتع كل من الزوجين بالآخر ، فيكون كل منهما مَسْكناً لصاحبه .

٦١٢ — ونحن هنا لا نريد بـ « حكم العقد » ، هذا المعنى أو ذاك ، بل نريد به معنى آخر يستعمله فيه الفقهاء أيضاً . نريد به الحكم أو الوصف الذي يعطيه الشرع له ، بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه ، وعلى هذا الوصف تترتب عليه آثاره أولاً تترتب ؛ فيكون مرة صحيحاً ملزماً لعاقديه ، أو غير صحيح فلا يكون ملزماً . ومن ثمَّ يقال عقد البيع هذا صحيح ، فيفيد ملك المبيع والثمن للمشتري والبائع ،

(١) راجع مثلاً ، في بيان أحكام الزواج ، البدائع ٢ : ٢٢٨ — ٢٢٩ .

أو غير صحيح فلا يفيد من ذلك شيئاً ؛ وهذا العقد للزواج يعتبر صحيحاً ، فيفيد حل الاستمتاع بين الزوجين ، أو غير صحيح فيجب فسخه إذ لا قيمة له ولا أثر في ملك المتعة ؛ وهكذا ، في العقود الأخرى .

والعقد من هذه الناحية — كما سيأتى — إما صحيح تترتب عليه آثاره ، وإما غير صحيح ؛ والصحيح ، إما نافذ في الحال ، وإما موقوف ؛ والنافذ ، إما لازم لا يجوز فسخه ، وإما غير لازم يمكن فسخه من طرفيه أو طرف واحد . ثم غير الصحيح ، إما فاسد ، وإما باطل .

٦١٣ — ونكاد لا نجد خلافاً بين الفقهاء في تقسيم العقد أولاً إلى صحيح وغير صحيح ، ثم تقسيم الصحيح إلى أقسامه التي ذكرناها ، ولكن الخلاف على أشده في تقسيم العقد غير الصحيح .

قسمة العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل ، هو مذهب الأحناف ؛ أما الفقهاء الآخرون أصحاب المذاهب الأخرى ، فلا يرون هذه القسمة ، بل غير الصحيح عندهم هو الذى لم ينعقد أصلاً ولا يترتب عليه أى حكم أو أثر ، وكذلك العقد الذى لم تتوافر فيه شروط الصحة . وإذا ، العقد عند غير الأحناف صحيح أو غير صحيح ، ويعبرون عن هذا بالفاسد أو الباطل على حد سواء^(١) .

٦١٤ — على أن بعض الأحناف يتكلم عن البيع الباطل ويسميه فاسداً ، وبهذا يجعل الفاسد مقابلاً للصحيح ويجعله شاملاً للباطل . فهذا برهان الدين المرغينانى يقول : « وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد ؛ كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر ، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر »^(٢) . ثم يقول الشارح

(١) راجع الفرح الكبير للدردير ، ج ٣ : ٦٠ ؛ شرح المنهج وحاشية البجيرى عليه ، ج ٢ : ٢٢٢ وما بعدها ؛ كشف القناع ، ج ٢ : ٥ وما بعدها في الكلام على شروط البيع ؛ وراجع عند المالكية أيضاً ، مقدمات ابن رشد ، ج ٢ : ٢١٣ وما بعدها . وراجع أيضاً الأشباه لابن نجيم ص ١٨٥ ، والأشباه للسيوطى ص ١٧٨ .

(٢) بداية المبتدى ، وشرحها هداية المهتدى ، مع فتح القدير شرح الهداية ، ج ٥ : ١٨٦ .

لتفصيل هذا التعميم : « البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر ، لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد . والبيع بالحر والخنزير فاسد ، لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فإنه مال عند البعض^(١) . ومن ثم ، يصرح الكمال بن الهمام في مفتتح شرحه لباب البيع الفاسد : « ثم لفظ الفاسد في قوله [أى صاحب الهداية] : باب البيع الفاسد ، وفي قوله : إذا كان أحد الموضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد ، مستعمل في الأعم من الفاسد والباطل »^(٢) .

٦١٥ — لكن هذه الملاحظة العابرة ، فيما يتعلق بإطلاق بعض الفقهاء العقد الفاسد على ما يعم الباطل أيضاً ، لا تمنع من التأكيد بأن الأحناف جميعاً يفرقون بين هذين النوعين من العقود ، ويجعلونهما مقابلين للعقد الصحيح ، في حين أن غيرهم يجعلون القسمة ثنائية لا ثلاثية .

ومدار الخلاف بين الأحناف وغيرهم من الفقهاء بعامة ، هو اختلافهم في هذين الأمرين :

(أ) هل نهى الشارع عن عقد من العقود ، معناه عدم اعتباره إن أقدم عليه بعض الناس ، ووقوع هذا في الإثم ومعصية الله ؟ أم معناه إنهم من يقدم عليه ، ثم قد يعتبر العقد قائماً على وجه من الوجوه مع ذلك ؟

(ب) وبعد هذا ، هل النهى عن العقد لأمر يرجع لأصله وأركانه ، فعنى لأمر يتصل بالعاقدين ومحل العقد أو موضوعه^(٣) ، في منزلة سواء مع الاختلال الراجع فقط لوصف عارض للعقد وإن كان ملازماً له^(٤) ، أو لأمر غير ملازم ولكنه مجاور للعقد^(٥) ؟

(١) بداية المبتدى ، وشرحها هداية المهتدى ، مع فتح القدير شرح الهداية ، ج ٥ : ١٨٦

(٢) فتح القدير ، ج ٥ : ١٨٥ .

(٣) كالتى عن بيع السمك في الماء والحر والخنزير والميتة ، لأن الثلاثة الأول ليست مالا متقوماً ، والميتة ليست مالا مطلقاً .

(٤) كالتى عن بيع المجهول جهالة فاحشة ، أى تؤدي لفتزاع ، وعن بيع شيء واستثناء بعض منفعة . (٥) مثل النهى عن البيع وقت النداء للجمعة .

٦١٦ — يرى جمهور الفقهاء ، أى غير الأحناف ، أن نهى الشارع عن عقد

من العقود معناه إثم من يقدم عليه ، وعدم اعتباره إن وقع فعلا ، وحينئذ فلا يكون له أثر ، بل يعتبر أنه لم ينعقد فيكون فاسداً أو باطلا بمعنى واحد . ويرون من المنطق ألا يعتبر الشارع أمراً قد نهى عنه ، أى إن النهى عنه هو حكم بأنه باطل لا قيمة له إن وقع ممن لا يزجره نهى الشارع عنه .

ويرون أيضاً ، بالنسبة للأمر الثانى ، أنه لا فرق بين أن يكون النهى راجعاً لأصل العقد وأركانها (المتعاقدين ومحل العقد أو موضوعه) وبين أن يكون راجعاً لأمر أو وصف آخر عرض للعقد أو جاوره . فما دام الشارع قد نهى عنه لأى سبب من الأسباب ، فلا قيمة له ولا اعتبار مطلقاً ، بل يعتبر غير منعقد وباطلاً . وبخاصة والرسول يقول : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » ومن أدخل فى ديننا ما ليس منه فهو رد »^(١) .

٦١٧ — أما الأحناف فيرون أن النهى عن بعض العقود قد يكون معناه إثم من يقدم عليها ، لا معناه إبطالها ، والمثل لذلك كثيرة ستأتى فى محالها . وكذلك يرون أن النهى إن كان لأمر يرجع لأصل العقد وأركانها ، كان معناه بطلان العقد وعدم انعقاده ؛ كبيع ما ليس بمال ، أو عقد الطفل أو المجنون ونحوهما من فاقدى الأهلية . ولكن النهى إذا كان لأمر آخر ، مع صحة أصل العقد وأركانها ، كالنهي عن بيع ما فيه غرر أو شرائه ، أو البيع وقت أذان الجمعة ، كان من الحق أن يكون للعقد حكم آخر ، أى أنه يعتبر منعقداً ولكن يجب فسخه إلا إذا زال الأمر الذى نهى عنه من أجله .

٦١٨ — واقتضاء النهى عن عقد فساد ، أو عدم اقتضائه إلا إثم من يقدم عليه ، مسألة يعالجها علماء الأصول ، ولهذا نرى من الخير أن نأتى برأى الغزالي — وهو شافعى كما هو معروف — فيها بشيء من التصرف والإيجاز .

(١) وقد يستدلون لهذا أيضاً بأن ابن عمر احتج فى بطلان نكاح المشركات بنهى الله تعالى عنه حين يقول فى سورة البقرة : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » .

إنه يقول^(١) : « اختلفوا في أن النهي عن البيع والنكاح والتصرفات المفيدة للأحكام ، هل يقتضى فسادها . فذهب الجماهير إلى أنه يقتضى فسادها ، وذهب قوم إلى أنه إن كان نهياً عنه لعينه^(٢) دل على الفساد ، وإن كان لغيره فلا^(٣) ، والمختار أنه لا يقتضى الفساد .

وبيانه أنا نعني بالفساد تخلف الأحكام عنها [العقود والتصرفات] ، وخروجها عن كونها أسباباً مفيدة للأحكام . ولو صرح الشارع وقال [مثلاً] حرمت عليك استيلاء جارية الابن ، ونهيتك عنه بعينه ، لكن إن فعلت ملكت الجارية ... فشيء من هذا ليس يمتنع ولا يتناقض ... فإن شرط التحريم التعرض لعقاب الآخرة فقط ، دون تخلف الثمرات والأحكام عنه .

وقوله عليه السلام « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » ، ومن أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد » ؛ قلنا معنى قوله : رد ، أى غير مقبول طاعة وقربة . ولا شك في أن المحرم لا يقع قربة ، أما ألا يكون سبباً للحكم فلا . والاستدلال بالمناهى على الفساد ، كما فعل ابن عمر^(٤) ، ليس مجتمعا عليه من الأمة ؛ نعم يمتدك به [أى برأى ابن عمر وأمثاله] في التحريم والمنع ، أما في الإفساد فلا .

وانتهى الغزالي ببيان أن النهي لا يدل على الفساد في المعاملات دون العبادات ، لأن النهي يضاد كون النهي عنه قربة وطاعة ؛ لأن الطاعة عبارة عما يوافق الأمر ، والأمر والنهي متضادان ، فعلى هذا صوم يوم النحر [مثلاً] لا يكون منعقدا . ثم يقرر بعد ذلك بأن النهي إذا كان لا يدل على الفساد ، مع ثبوت فساد بعض ما نهى عنه ، فإن فساد العقد يعرف بفوات شرطه وركنه^(٥) . أما مجرد النهي ، فلا يدل عليه وصفاً وشرعاً^(٦) .

(١) المستصفي من علم الأصول ، ج ٢ : ٢٤ وما بعدها .

(٢) مثل النهي عن بيع الميتة والخمر والتحذير وأم الولد والمدبر والمكاتب .

(٣) مثل النهي عن بيع الطير قبل صيده ، والقىء المباح قبل إحرازه ، والبيع وقت

النداء للجمعة . (٤) أنظر ما سبق قريباً بالهامش .

(٥) المستصفي ، ج ٢ : ٣٠ . (٦) المصدر نفسه ، ص ٣١ .

هذا الذى نقلناه عن النزالى يشهد لصحة مذهب الأحناف فى قولهم بأن النهى عن عقد من العقود لا يستلزم عدم انعقاده وبطلانه ، بل ربما لا يستلزم إلا إثم من يُقدم عليه مع نهى الشارع عنه . ولناخذ ، بعد ذلك ، فى بيان أقسام العقد عند الأحناف ، وسنعرف لكل قسم حكمه الخاص به ، وليكن هذا فى إجمال .

٦١٩ — العقد عند الأحناف ، صحيح ، أو باطل ، أو فاسد . وللصحيح أقسامه الخاصة التى أشرنا إليها فيما سبق .

(أ) العقد الصحيح هو ما كان سبباً صالحاً لترتب حكمه وآثاره عليه ، ويكون كذلك متى صدر عن أهله ، وكان محله قابلاً له ، ولم يعرض له أسر أو وصف يجعله منهيّاً عنه شرعاً ، ويعرفه الفقهاء عادة بأنه العقد الذى شرع بأصله^(١) ووصفه . وحكم العقد الصحيح إثبات حكمه له فى الحال ، أى أنه فى البيع مثلاً يثبت ملك المبيع والتمن للمشتري والبائع فور الإيجاب والقبول إلا إذا كان فى العقد خيار .

٦٢٠ — (ب) والعقد الباطل هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه . أى أن يكون العاقدان أو أحدهما ليس أهلاً لعقده ، أو أن يكون محل العقد ليس قابلاً له ، وبهذا يكون عرض له من الوصف ما يقتضى النهى عنه لعدم مشروعيته . وحكم هذا الضرب من العقد أنه لا يعتبر منعقداً فعلاً وإن وجدت صورته فى الخارج ، فلا يرتب الشارع عليه أى حكم أو أثر إذ لا يعتبره موجوداً بأية حال .

٦٢١ — ومن مثل العقد الباطل عقد الطفل والمجنون ونحوهما ، أو الصبي المميز فيما يضره ضرراً محضاً ، وذلك لقوات شطر من الركن وهو أهلية العاقد . أو بيع ما ليس بمال كالميتة ، أو ما ليس مالا متقوّمًا كالخمر والخنزير ، وذلك لقوات شطر من الركن وهو قابلية محل العقد لصدوره عليه .

ومن مثله أيضاً عقد الزواج الصادر على إحدى المحرمات ، أو التى لم تنته عدتها

(١) أصل كل عقد أركانه ، وهى العاقدان ومحل العقد أو موضوعه .

من مطلقها ، وذلك لفوات صلاحية محل العقد له ، وهذا من ركن العقد كما علمنا .
ومن هذا الضرب من المثل ، نعى بطلان العقد لعدم قابلية محله له أو لعدم سلامته
عما يجعله قابلاً له ، بيع شيء من الطريق العام أو محل للعبادة أو مستشفى أو ملجأ مثلاً
فالبيع هنا مال حقاً ، إلا أنه ليس قابلاً للعقد لأنه مال عام لا يجوز أن يملكه أحد .
ومن المثل أيضاً للعقد الباطل ، بيع ما هو صالح للبيع حقاً ، ولكن الثمن جعل
شيئاً غير مال أصلاً كالميتة ، أو هو مال لا يملكه المشتري كالشيء المباح . وذلك لأن
معنى البيع لم يتحقق هنا ؛ لأنه يكون بيعاً بلا ثمن ، والبيع عقد من عقود المعاوضة
ينزل فيه كل من المتبايعين عن عوض مملوك له ليتملك عوضاً آخر مملوكاً لصاحبه .

٦٢٢ — وفي هذا كله ، يقول علاء الدين الكاساني بأن البيع الباطل هو كل
بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد ، من الأهلية والحلية وغيرها . ولا حكم لهذا
البيع أصلاً ، لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة ، لأن
التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والحلية شرعاً . وذلك نحو بيع الميتة
والدم والعذرة والبول^(١) ، وبيع الملاحيق والمضامين^(٢) ، وكل ما ليس بمال ، وكذا
بيع صيد الحرم لأنه بمنزلة الميتة^(٣) ، وكذا بيع الحر لأنه ليس بمال ، وكذلك
بيع أم الولد والمدير والمكاتب ونحوهم لأن كلا منهم ليس بمال على الإطلاق لثبوت
الحرية من وجه في كل منهم^(٤) .

٦٢٣ — أما العقد الفاسد ، فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ؛
أي كان صادراً حقاً من أهله في محله أو موضوعه القابل له ، ولكن لازمه أو عرض
له أمر أو وصف غير مشروع فصار العقد منهيماً عنه شرعاً من أجله .

(١) بيع العذرة والبول ، ونحوها من النجاسات ، باطل عند الأحناف لأنها ليست بمال .
وعند المالكية باطل أيضاً ، ولكن لأن من شروط البيع طهارته ، إلا أن من فقهاءهم من أجاز
بيعها لضرورة . أنظر مواهب الجليل للخطاب ، ج ٤ : ٢٥٨ — ٢٦١ .

(٢) الملاحيق ، مافي أرحام الأنثى ؛ والمضامين ، مافي أصلاب الذكور . أنظر البدائع ، ج ٢
ص ١٤٥ ، بداية المجتهد لابن رشد المالكي ، ج ٢ : ١٤٧ ؛ نهاية المحتاج ، ج ٣ : ٥٧ .

(٣) أي في أنه ليس قابلاً للبيع لنهي عنه شرعاً .

(٤) البدائع ، ج ٥ : ٣٠٥ .

إذا ، في البيع الفاسد وجد العقد حساً وشرعاً ؛ بوجود العاقدین اللذين هما أهل للعقد ، ووجود المحل القابل له ، ولكن جاء على نحو أو صفة لا يقرها الشارع بل ينهى عنها . فهو قد وافق العقد الصحيح بسلامة أصله ، وخالفه بوجود هذا الوصف المنهى عنه شرعاً ، فيكون لذلك بين الصحيح والباطل من العقود .

٦٢٤ — من مثل هذا العقد البيع بالخمر والخنزير ، لأنهما ليسا مالا متقوّمًا ؛ وبيع المجهول جهالة تؤدي للنزاع ، كبيع شخص داراً أو سيارة من دوره أو سياراته ولا يميّنها ؛ والبيع بضمن مؤجل إلى أجل غير معلوم ، كشراء دار على ألا يدفع ثمنها إلا إذا جلا الإيجليز عن مصر ؛ وبيع فدان من الأرض مثلاً على أنه إن رد الثمن بعد مدة كذا كان له أن يملكه من جديد ، والمشتري في نظير هذا استغلاله طول هذه المدة ، لأنه رباً في صورة بيع ، وكإبرام صفقتين في صفقة ، كبيعك هذه الدار لفلان بضمن كذا على أن يبيعك سيارته مثلاً^(١) .

٦٢٥ — وإذا كان حكم العقد الصحيح ترتب آثاره عليه بلا نزاع ، وحكم الباطل أنه لا يعتبر منعقداً ولا موجوداً فلا يترتب عليه أى أثر ، فإن حكم العقد الفاسد يحتاج إلى تفصيل .

حكم البيع الفاسد ثبوت الملك في الجملة عندنا^(٢) ، كالبيع الصحيح ، خلافاً للشافعي وغيره من أصحاب المذاهب الأخرى ، أما الباطل فلا يفيد الملك مطلقاً . وثبوت الملك بالبيع الفاسد مشروط باتصال قبض المشتري للبيع بالعقد ، وهذا يكون إذا قبضه بإذن المالك أو بغير إذنه في مجلس العقد على الصحيح من الأقوال^(٣) .

(١) للبيع الفاسد مثل أخرى ذكر الفقهاء الكثير منها . أنظر مثلاً الهداية وفتح القدير ، ج ٥ : ١٨٥ وما بعدها ، وص ٢١٧ وما بعدها .

(٢) هذا الملك هو حل التصرف فيه لا الانتفاع بعينه ، بلا خوف ، كالبيع والهبة والصدقة والإجارة ، ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع . البدائع ج ٥ : ٣٠٤ .

(٣) الهداية وفتح القدير ، ج ٥ : ١٨٨ و ٢٢٧ ؛ وهنا ذكر خلاف الشافعي في اعتباره الفاسد والباطل سواء ، ودليلنا ودليله ؛ البدائع ، ج ٥ : ٢٩٩ ، وفيها ذكر خلاف الشافعي ودليله ودليلنا أيضاً ؛ وأنظر أيضاً الزيلعي ، ج ٤ : ٦١ — ٦٣ ، وفيه كذلك خلاف الشافعي للأحناف وأدلة كل من الطرفين .

٦٢٦ — وليست كل البيوع الفاسدة تثبت هذا الضرب من الملك ، بل ذلك فيما إذا كان كل من المبيع والتمن مالا^(١) ، وكان سبب الفساد أمراً أو وصفاً آخر ؛ مثل تأجيل الثمن إلى أجل غير معلوم ، أو اشتراط شرط لا يقتضيه العقد . وذلك لأن أركان العقد ، وهى العاقدان والمحل ، صحيحة ، والخلل فيه جاء من أمر آخر . ولهذا لو أمكن رفع هذا الأمر الذى هو سبب الفساد ، كما إذا عتينا الأجل بعد أن كان مجهولاً أو نزل صاحب الشرط الفساد عنه ، صار البيع لازماً ولا يجب فسخه .

٦٢٧ — وإذا كان هذا البيع واجب الفسخ شرعاً ، فإن الفسخ قد يسقط ولا يعود ممكناً ؛ كما إذا باع المشتري ما اشتراه أو وهبه أو تصدق به ، أو كان المبيع داراً فقبضها المشتري ثم باعها . فهذه التصرفات ونحوها من المشتري فى البيع ، لا تجعل الفسخ ممكناً ، فيلزم البيع وعلى المشتري الأول قيمة المبيع للبائع أو مثله إن كان مثلياً ، لأن البيع الفاسد لا يلزم فيه الثمن المسمى للمبيع لفساد التسمية لفساد العقد نفسه ، بل يلزم قيمته يوم القبض أو مثله^(٢) .

وكذلك ، مما يبطل حق الفسخ ويجعل المبيع لازماً وعلى المشتري قيمة المبيع يوم القبض أو مثله لا الثمن المسمى ، أن يكون المبيع ثوباً فقطعه المشتري وجعله رداءً له ، أو قطعاً فنزله ، أو غزلاً فنسجه ، أو حنطة أو ذرة فطحنها ، أو دقيقاً فخبزه ، أو سمياً أو عنياً فعصره ، أو حيواناً ما كول اللحم فذبحه وطبخه مثلاً ، أو أرضاً

ومن هذه المواضع ، نعلم أن اشتراط القبض لثبوت الملك فى الجملة ، لأن ثبوته قبله يؤدى إلى تقرير الفساد ، على حين أن العقد الفاسد واجب المسخ . الزيلعى ص ٦٣ ؛ فتح القدير ص ٢٢٩

(١) الهداية وفتح القدير ، ج ٥ ، ص ٢٢٧ و ٢٣٠ ؛ الزيلعى ، ج ٤ : ٦١ .

(٢) الزيلعى ، ج ٤ : ٦٤ — ٦٥ ؛ البدائع ، ج ٥ : ٣٠١ و ٣٠٤ ؛ الهداية وفتح القدير ، ج ٥ : ٢٣٢ — ٢٣٣ . إلا أن الصالحين لا يريان بناء المشتري مسقطاً للفسخ الواجب ، ولا غراسه ، بل عليه قرض البناء وقلع الفراس ثم رد المبيع للبائع . الزيلعى : ٦٥ ؛ البدائع ، ج ٥ ص ٣٠٤ .

فضاء فبناها ، إلى آخر هذه التصرفات التي غيرت المبيع أو زادت فيه أو نقصت منه على ذلك النحو^(١) .

٦٢٨ — وإذا كان غير الأحناف لا يفرقون ، كما عرفنا ، بين الفاسد والباطل في البيع والزواج وغيرها من أنواع العقود الأخرى ، فإن الأحناف أنفسهم لا يفرقون في الزواج بين الفاسد منه والباطل ، بل يجعلونها سواء ، والسبب في هذا واضح وسهل التماسه . إن جلال هذا العقد وخطره ، وقداسته العلاقة التي ينشأ بين الزوجين ، وما يقوم على هذا العقد من الأسرة ، كل ذلك لا يجعل للفرقة معنى بين ما قد يكون منه فاسداً وبين ما قد يكون باطلاً .

هذا هو صاحب الهداية يقول : « فإن تزوج حاملاً من السبى فالنكاح فاسد ، وإن زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل » . ثم يقول الكمال بن الهمام ، معللاً للتعبير مرة بفاسد وأخرى بباطل ، بأنه لا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع^(٢) . ثم نجد علاء الدين الكاساني يؤكد أنه لا فرق في النكاح بين باطله وفاسده ، بما يذكر من تعابير في مواضع كثيرة في « كتاب النكاح » ؛ فهو يقول مثلاً بأن النكاح الفاسد لا يفيد الحل^(٣) ، كما يقول في موضع آخر : « ولو تزوج الأختين معاً فسد نكاحهما ، لأن نكاحهما حصل جمعاً بينهما في النكاح ، وليست إحداها بفساد النكاح بأولى من الأخرى »^(٤) . ثم يذكر في فصل النكاح الفاسد عند الكلام على أحكامه : « والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة الخ »^(٥) . كل هذه التعابير ، وغيرها كثير ، تؤكد ما نقرر من أنه لا فرق عند الأحناف بين التعبير بأن هذا النكاح فاسد ، وبين التعبير بأن ذلك باطل ؛ لأنه إذا كان النكاح الفاسد « لا يفيد الحل » كما يقول الكاساني ، فماذا يكون الباطل بعد هذا !

(١) أنظر مثلاً ، البدائع ، ج ٥ : ٣٠٣ .

(٢) الهداية وشرحها فتح القدير ، ج ٢ : ٣٨٢ . (٣) البدائع ، ج ٢ : ٢٣٦ .

(٤) المصدر نفسه ، ٢٦٣ . (٥) المصدر نفسه ، ٣٣٥ .

العقود المكروهة

٦٢٩ — بقی، بعد الکلام علی العقد الصحیح والباطل والفساد، أن تتکلم علی بعض العقود المكروهة؛ فإن منها — كما رأينا — ما لا یعتبر فاسداً، ومنها ما یعتبر فاسداً، مع النهی عنها جميعاً حتی لیأثم بلا خلاف من یقدم علی شیء منها^(١).

من هذه العقود، فی باب البیع، النِّجَاش وهو المزايدة فی الثمن یرغب الغير فی الشراء، مع أن الثمن وصل إلى قيمة المبیع الحققة، فإن لم یکن بلغ القيمة فزاد لا یرید الشراء فحائز ولا بأس به لأنه عون علی العدالة، لأنه بیع من یزید ولا بأس به. وقد روى أنس أن الرسول باع قدحاً وحلساً بیع من یزید، رواه أحمد والترمذی والحاجة ماسة إليه أحياناً^(٢).

ومنها تلقي الجلب، وهو مبادرة بعض أهل البلد لتلقي الآتین إليها، فیشتري منهم ما معهم، ثم یبيع كما یرى لأهل البلد. وهذا مکروه إن کان یضر بالأهلین، وإلا فلا یکره إذا لم یلبس السعر علی الواردين، لأنه إن فعل هذا کان فيه تغیر بهم^(٣).

ومنها بیع الحاضر للبادی، وهنا نجد تفسيرات مختلفة لهذا البیع وكلها مکروه. قیل إن هذا البیع هو أن یكون الواحد من أهل البلدة سمساراً للآتی من غيرها^(٤)، وقیل هو ألا یبیع الواحد من أهل البلد ما عنده من طعام ونحوه إلا لأهل البادية طمعاً فی زیادة الثمن^(٥). وكرهه هذه البیوع إذا كانت تضر بأهل البلد، وإلا فلا ضرر وتُبَحِّث علی هذا الضوء توكيلات المصانع الأجنبية.

(١) يرجع هنا إلى الهداية وشرحها فتح القدير، ج ٥ : ٢٣٩ وما بعدها؛ شرح الزيلعي، ج ٤ : ٦٧ وما بعدها؛ البدائع، ج ٥ : ٢٨ — ٢٣٣. وعند الشافعية، إلى نهاية المحتاج، ج ٢ : ٦٧ — ٧٣. وعند الحنابلة، إلى كشف القناع، ج ٢ : ٣٠ — ٣٣. وعند المالكية، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد، ج ٢ : ١٦٤ وما بعدها. وقد ذكر الفقهاء فی هذه المواضع الأحاديث التي استندوا إليها.

(٢) الزيلعي، ج ٤ : ٦٧؛ شرح العناية للابريقي علی الهداية، علی هامش فتح القدير، ج ٥ : ٢٣٩؛ البدائع، ج ٥ : ٢٣٢؛ الهداية وفتح القدير، ج ٥ : ٢٤١.

(٣) شرح الزيلعي، ٦٨، فتح القدير، ٢٣٩ — ٢٤٠.

(٤) قل هذا التفسير وغيره، الزيلعي، ج ٤ : ٦٨. (٥) البدائع، ج ٥ : ٢٣٢.

ومنها البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ، لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » .

٦٣٠ — وهذه البيوع ، ونحوها ، وإن كانت مكروهة إذا كان منها ضرر أو غرر ، هي جائزة ؛ لأن النهي هو لأمر خارج عنها ، وهو الضرر أو الغرر أو ترك السعي لأداء صلاة الجمعة^(١) . ومثاها أيضاً في الحكم ، بيع الرطب والعنب لمن يصفه خمرأ أو سكرأ^(٢) .

وهناك بيع آخرى قد نهى عنها ، وهي فاسدة أو باطلة ، لأن النهي عنها ليس لأمر خارج عنها ؛ بل لخلل في أركانها ، أو لأمر أو وصف غير مشروع قد لازمها ، وفيما تقدم منها غنية عن الكلام فيها ثانياً .

٦٣١ — بقي علينا أخيراً ، لنفرغ من هذا البحث ، أن نتكلم في إيجاز عن أقسام العقد الصحيح ، بعد أن عرفنا أن العقد الصحيح يقابله الباطل أو الفاسد عند غير الأحناف ، وأنه قسيم للفاسد والباطل عند الأحناف .

النافذ والموقوف :

العقد الصحيح ينقسم قسمة أولى إلى نافذ وموقوف . فالأول هو تصرف من له الأهلية والولاية على إصداره ، كأغلب العقود التي نراها ونمارسها بأنفسنا ، وحكم هذا العقد وآثاره تترتب عليه فور صدوره . والموقوف هو تصرف من له الأهلية لا الولاية ، كتصرف الفضولي الذي يتوقف — مع صحته واعتبار الشارع له — على إجازة صاحب الشأن . ومن مثل العقود الموقوفة ، عقود البيع والشراء والإجارة ، ونحوها من عقود المعاوضات المالية ، التي تصدر من الصبي المميز ونحوه فتتوقف على إجازة وليه أو وصيه ، وقد تقدم لنا دراسة ذلك ، وقد عرفنا من هذه الدراسة أن

(١) أنظر البدائع ، ج ٥ : ٢٣٢ - ٢٣٣ ؛ نهاية المحتاج ، ج ٣ : ٦٧ وما بعدها .

(٢) نهاية المحتاج ، ج ٣ : ٧٣ - ٧٤ . وعند المناطقة أن هذا بيع غير جائز ، لا مكروه

فقط . أنظر كشف القناع ، ج ٢ : ٣١ .

الشافعي يرى بطلان العقد الذي يسميه الأحناف ومن ذهب مذهبهم من المالكية والحنابلة موقوفا

اللزوم وغير اللزوم :

٦٣٢ — ثم العقد النافذ ، منه ما هو لازم ، ومنه ما هو غير لازم . ويراد باللائم ما ليس لأحد عاقيه فسخه دون رضا الآخر ، كالبيع والإجازة والمزارعة والصلح والحوالة . ويراد بنفي اللزوم ما لكل من طرفيه أو لأحدهما دون الآخر ، فسخه ؛ كالكفالة التي للمكفول له — لا للكفيل — أن يفسخها بإبراء الكفيل ، وكالزواج الذي للزوج — لا للمرأة إلا إذا شرطت أن يكون أمرها بيدها — وحده فسخه بالطلاق^(١) ، وكالرهن فللمرتهن دون الراهن فسخه . وكالوكالة والغارية والوديعة ، فلكل من طرفي العقد من هذه العقود ومحوها فسخه . والوكالة تكون لازمة ، عند المالكية ، إذ تعلق بها حق الغير^(٢) .

ويتبين ، مما تقدم ، أن من العقود اللازمة ما يصح رفعه وفسخه برضى طرفي العقد ، مثل البيع والإجازة ونحوها من عقود المعاوضات . كما أن منها ما لا يمكن رفعه وفسخه بحال ، مثل الخلع وهو الطلاق على مال ؛ فإنه لو أجزى للزوج فسخ هذا العقد وإرجاع الزوجة قسراً ، لما كانت أفادت شيئاً مما دفعت من مال .

٦٣٣ — هذا ، ونختم هذه الملاحظة ، وهي أن صفة اللزوم للعقود التي تعتبر بطبيعتها لازمة تثبت ، عند الأحناف والمالكية ، بصدورها من العاقلين ، أما الشافعية والحنابلة فإنهم يثبتون لكل من العاقلين خيار المجلس في عقد البيع وما في معناه^(٣) . إنهم يريدون أن هذا الضرب من العقود لا يلزم إذا تفرق العاقدان ، أو إذا تخيرا

(١) قد يقال إن الطلاق ليس فسخاً لعقد الزواج ، بل لإنهاء له بوضع حد لحكمه وآثاره ؛ ولكنا نريد بالفسخ هنا ما يشمل لإنهاء العقد ، كما يشمل رفعه فسخاً لم يكن .

(٢) الخطاب على خليل ، ج ٥ : ١٨٧ و ١٨٨ .

(٣) أي من عقود المعاوضات المحضة وهي ما تنفسد بفساد هوضها . نهاية المحتاج ، ج ٣ : ٨٥ .

فاختارا لزومه وإن لم يفارقا مجلس العقد ، ولو اختار أحدهما فقط لزوم العقد سقط حقه في الخيار وبقي حق الآخر^(١) .

ويستندون في هذا إلى قول الرسول : « إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً ، أو يخير أحدهما الآخر . فإن خیر أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك ، فقد وجب البيع . وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك واحد منهما البيع ، فقد وجب البيع »^(٢) . أي صار لازماً لا يقبل الفسخ بالخيار .

^{نفسه (١٠١٤)}
^{لا (١٠١٥)}
ثانياً — العقد حسب طبيعته أو اتصال حكمه بصيغته المنجية (١٠١٥) .

٦٣٤ — ركن العقد ، كما تقدم معرفته ، هو الإيجاب والقبول ، فبهما يوجد العقد بين الطرفين المتعاقدين . ولكن ، هل يتم العقد بذلك وتترتب أحكامه فوراً عليه في كل حال ؟ هنا نرى أن صيغة العقد — وأحياناً طبيعة العقد نفسه أيضاً — هي الفصل في هذا ؛ فبعضها يفيد ترتب الأحكام عليها في الحال ، وبعضها لا يفيد ذلك إلا في المستقبل في زمن يتحدد بين العاقدین ويرضيان به ، وبعضها ربما لا يترتب عليها ذلك مطلقاً لأنه قد علق على شرط قد يكون وربما لا يكون .

إذاً ، من العقود ما هو منجز ، ومنهلا هو مضاف إلى المستقبل ؛ ومنها ما هو معلق على شرط من الشروط قد يكون حاصلًا وقت العقد ، وقد يحصل بعده ، وربما لا يحصل مطلقاً ؛ ومنها ما هو فوراً ، وما هو مستمر أو متجدد .

٦٣٥ — (١) العقد المنجز :

العقود المنجزة هي التي تكتفي فيها صيغة الإيجاب والقبول لترتب آثارها عليها في الحال ، إن كان العقد مما لا يحتاج في تمامه لقبض العقود عليه ، مثل البيع والإجارة فبجرد صدور الإيجاب والقبول ، في عقد من هذين العقدين أو نحوهما يتم العقد ،

(١) نهاية المحتاج ، ج ٣ : ٨٥ وما بعدها ؛ كشف القناع ، ج ٢ : ٤٤ وما بعدها .

(٢) أنظر هذا الحديث بعبارة أوجز في كشف القناع ، ج ٢ : ٤٦ ؛ واللؤلؤ والمرجان ،

ج ٢ : ١٥٥ . وتوجد في ص ١٥٠ وما بعدها ، الأحاديث المروفة في النهي عن بعض البيوع .

ويكون على كل من طرفي العقد ما التزمه ؛ نفي انتقال ملكية المبيع ، مثلاً للمشتري ، وثبوت الثمن ديناً في ذمته ، وكل ذلك في الحال فور صدور صيغة العقد من الطرفين متى كان العقد مستوفياً شرائطه .

أما إذا كان موضوع العقد مما يجب فيه القبض ، مثل الهبة والقرض والعارية والرهن ، فإن مجرد صدور الصيغة لا يتم بها العقد ، بل لابد فيه من قبض المعقود عليه ليكون تاماً مفيداً لأحكامه ملازماً لآثاره^(١) .

٦٣٦ - هذا ، وإذا كان الأحناف والشافعية^(٢) يحملون القبض شرطاً في لزوم عقد الهبة وترتب ما يوجبه من التزامات عليه ، فإن المالكية يرون أن الالتزام يجبي من الصيغة نفسها بلا حاجة لقبض الموهوب ، وكذلك الأمر عندهم في العارية والرهن أيضاً^(٣) : ومن ثم ، يرون - أي المالكية - أن للموهوب له أن يطالب الواهب بتسليم ما وهب لأنه صار ملكه ، وللمستعير المطالبة بتسليم ما أعير له للائتناف به المدة المحددة ، وللمرتهن مطالبة الراهن بتسليمه العين التي ارتهنها . إلا أنه ، أي الإمام مالك ، يرى أن الرهن وإن كان يلزم بمجرد صدور صيغته ، فهو لا يتم ، بمعنى أن يكون للمرتهن حق امتياز على العين ، إلا بالقبض لقوله تعالى : « فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ » .

(١) نذكر هنا ، أن هذه العقود ونحوها تقع صحيحة بمجرد الإيجاب والقبول ، ولكن القبض فيها شرط لتامها ولزومها وترتب أحكامها عليها . غير أن هناك عقوداً أخرى لاتصح بلا قبض ؛ كالتسليم فلا بد فيه من قبض الثمن في المجلس ، والصرف فلا بد فيه من قبض البدلين في المجلس أيضاً ، فذلك شرط للصحة في كل منهما .

(٢) عند الأحناف ، انظر حاشية ابن عابدين على الدر المختار شرح متن تنوير الأبصار ، ٥ : ٣١٧ - ٣١٨ ، في الرهن والهبة والصدقة ؛ وأيضاً ٤ : ٥٣١ - ٥٣٣ ؛ الزيلعي ، ٤ : ٢٥٧ في باب الوكالة ، حيث ذكر أن هذه العقود وأمثالها لاتلزمها آثارها إلا بالقبض .

(٣) لا لزوم للقبض في كل ذلك ، حتى ليصح رهن مالم يوجد بعد أو مافيه غرر كشرة لم يبد صلاحها « فشيء يتوثق به خير من عدمه » ، الشرح الصغير ٢ : ١٢١ وراجع في العارية ٢٢٦ - ٢٢٧ - ٢٢٩ ، حيث لم يذكر من شروطها القبض ، وليس للمعير استردادها قبل الوقت ؛ وفي الهبة ، راجع ص ٣٤٤ ؛ ففيها أن الهبة تلزم بلا قبض ، حتى لو مات الموهوب قبله كانت لوارثه .

والشافعية والحنابلة^(١) يذهبون في الرهن مذهب الأحناف . ولكنهم يرون معاً أن العارية ليست إلا إباحة ، لا عقداً بالمعنى الأخص المعروف ، وإذا فلا يلزم المعير بحال أن يمضى فيها ولو كان قد ضرب لها أجلاً محدوداً .

٦٣٧ — وإذا كان لا بد في بعض العقود من قبض محل العقد ، فبماذا يكون القبض ؟ يرى الأحناف أنه يكون بتخلية البائع مثلاً بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن المشتري من تسلمه والتصرف فيه ، سواء أكان المبيع عقاراً أم منقولاً^(٢) . وعند الشافعي أن المبيع إذا كان عقاراً ، كان قبضه حقاً بالتخلية ، وإذا كان منقولاً كان قبضه بأخذه فعلاً باليد في نحو العقود ، وبنقله في الثياب والطعام ونحوهما ، وبالوزن والكيل في الموزون والمكيل ، وفي نحو البهيمة بالسير من مكانها ، وهكذا . فالضابط في القبض عند الشافعية ، هو ظهور يد المشتري على ما اشتراه ، وذلك يكون في كل شيء — من عقار أو منقول على اختلاف ضروب المنقول أيضاً في ذلك — بحسبه .

والأحناف ، إزاء ذلك ، يؤكدون أن القبض يتم بالتخلية في سائر الأموال^(٣) ، ولكنهم اختلفوا بعد هذا في أن التخلية تعتبر قبضاً تاماً ، أو أنه لا يتم إلا بمثل ما ذكر الشافعي على أنه لا خلاف بينهم في أنه لا يحل المشتري أن ينتفع أو يتصرف في المبيع ، إذا كان قليلاً أو موزوناً ، قبل كيِّله أو وزنه ، للأحاديث التي وردت في ذلك^(٤) .

(١) انظر في الرهن عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، ج ٣ : ٢٦٨ ؛ وفي الهبة عندهم ، راجع الكتاب نفسه ، ج ٤ : ٣٠١ وراجع عند الحنابلة ، كشف القناع ، ج ٢ : ١٤٤ و ١٥٠ ؛ وكذلك منتهى الإرادات على هامشه ، ج ٢ : ٩٣ . وفيهما أن الرهن من شروطه التنجيز ، فلا يصح كالبيع مع العلق .

(٢) وإن كان عقاراً ، وجب أن يفرغه البائع من أمتته وأمتعة غيره .

(٣) حتى لو هلك المبيع بعد التخلية ، يهلك على حساب المشتري .

(٤) راجع في هذا وما قبله ، البدائع ج ٥ : ٢٤٤ — ٢٤٥ ؛ ابن عابدين ، ج ٤ :

٤٤ — ٤٥ ؛ نهاية المحتاج عند الشافعية ، ج ٣ : ١٥٢ — ١٥٥ . والحنابلة أميل لمذهب الشافعية ، راجع كشف القناع ج ٢ : ٨٣ — ٨٤ .

٦٣٨ - والأصل في العقود أن تكون ناجزة في المال ، لا مضافة لزمن يأتي ولا معلقة على شرط ، ما عدا الوصية والإيصاء ، فهما لا يمكن أن يكونا ناجزين لإضافتهما حتماً إلى ما بعد وفاة الموصي ؛ سواء الوصية بشيء لجهة أو شخص ما ، والوصية بإقامة وصي على من تحت ولايته من الأبناء ، وهذا ما يسمى إيصاء . فهذان العقدان ، لا يفيد كل منهما آثاره وأحكامه إلا بعد وفاة الموصي .

٦٣٩ - (ب) العقد المضاف للمستقبل .

وإذا لم يكن العقد منجزاً في الحال ، كان محتملاً حالتين : أن يكون مضافاً للمستقبل ، أو مطلقاً على شرط قد يوجد أو لا يوجد .

والمقدّم المضاف ، مثل ما يحدث عادة بين مالكي الدور أو الأراضي وبين المستأجرين ، من تأجير ما يملكه على أن تبدأ الإجارة من يوم معين يتراضى عليه طرفا العقد .

فالواحد منا يستأجر مسكناً له اليوم ، ولا تبدأ الإجارة إلا بعد شهر مثلا ، والزارع يكتب عقد إيجارة ضئيلة من الضياع قبل الزمن المحدد لاستلامها واستغلالها فعلا ، والمسافر يستأجر مكانه في قطار أو باخرة ما قبل سفره فعلا بمدة تطول أو تقصر حسب الأحوال ، وهكذا من صور العقود العديدة المضافة لزمن معين في المستقبل القريب أو البعيد .

وهذا النوع من العقود صحيح ، وهي أسباب لأحكامها وآثارها التي تكون عنها في الزمن المحدود برضاء طرفي العقد .

٦٤٠ - (ج) العقد المعلق على شرط :

قد يشتبه على بعض الناس هذا النوع من العقود ، بالنسبة للنوع السابق ، فعنى العقود المضافة ، مع أن بين هذين الضربين فرقا كبيرا واضحا .

العقد المضاف هو ، كما عرفنا ، عقد تام ويعتبر سبباً لحكمه وآثاره ، غاية الأمر أن هذه الآثار لا تكون إلا في الزمن الذي عينه المتعاقدان لها .

أما العقد المعلق ، فهو عقد لا يمكن أن يعتبر موجوداً حقاً إلا إذا وجد الشرط المعلق عليه ، وهذا الشرط قد يوجد وربما لا يوجد . فمن يريد أن يصلح بين متنازعين ويقول لأحدهما إن ظهر أن لك عليه حقاً فأنا ضامن أو كفيل به ، ثم ظهر بعد تصفية النزاع أن أحدهما يدين الآخر بمبلغ من المال ، كان المتوسط كفيلًا به ، إذ وجد الشرط الذي علق عليه عقد الكفالة . ومثل أن يقول أحد من الناس لغيره : وكلتك في شراء كذا من السوق إن وجدته بالسعر الفلاني ، ثم وجدته ، كان هذا الغير وكيلًا بشرائه له صاحبه^(١) .

٦٤١ — وإذا كان العقد المعلق ، قد يكون إذا وجد المعلق عليه ، وربما لا يكون إذا لم يتحقق هذا الأمر ، فلا يمكن أن يكون سبباً لحكمه وآثاره في الحال بل لا يكون كذلك إلا عند وجود الأمر الذي علقه الماقد عليه ، بخلاف الحال في العقد المضاف ، فإنه عقد قد وجد فعلاً وصار علة أو سبباً لحكمه ، وإن كان هذا الحكم يكون في زمن قد تحدد في المستقبل بين طرفي العقد برضاها معاً .

هذا عند الحنفية ؛ أما الشافعي فلا يفرق بين المضاف والمعلق في أن كلا منهما سبب في الحال لحكمه وآثاره التي تترتب عليه ، متى جاء الزمن المضاف إليه ووجد الأمر المعلق عليه . وهنا يقول أبو حنيفة بأن العقد المعلق لا يكون علة حقاً إلا عند وجود الشرط المعلق عليه ، وهو على خطر إذ ربما لا يوجد مطلقاً ، وقبل هذا يكون علة اسماً فقط .

وقد يساعد هذا الرأي أن المعلق لا يمكن أن يتأخر في الوجود عن علقته كما هو معلوم في الفلسفة ، وإذاً فلا يكون العقد المشروط بما ربما لا يكون علة ، موجوداً في الحال ، ونعتقد أن هذا حق وواضح . وقول الشافعي بأنه يكون علة في الحال ،

(١) من العقود المعلقة ما هي كذلك في الصورة والظاهر من اللفظ ، وإن كانت ناجزة فعلاً ؛ كأن يقول رجل لآخر أنا كفيل لك عن فلان إن كان مديناً لك بمائة من الجنيهات مثلاً ، ثم يكون هو مديناً فعلاً ، فعقد الكفالة ينقذ ويكون ناجزاً في الحال . ومنها على الضد من هذا ما يكون معلقاً صورة أيضاً ، ولكنه لن يكون ناجزاً ولا منعقدًا لا في الحال ولا في الاستقبال .

ولكن لا تعمل عملها إلا عند وجود الأمر المعلق عليه ، قول لا يتفق والنظر الفلسفى الذى يوجب تلازم العلة والمعلول ، وإلا لما كانت العلوية هى الرابط بينهما .

ذلك ، وليست العقود جميعها تقبل الإضافة أو التعليق ، بل منها ما يجب أن يكون منجزاً ، ومنها ما هو مضاف للمستقبل بطبعه ، ومنها ما يقبل التعليق على نوع خاص من الشروط . . . وإذا ، فلندكر تقسيم العقود بالنسبة للإضافة ، ثم بالنسبة للتعليق .

٢- قسم العقود بالنسبة للإضافة :

٦٤٢ — تنقسم العقود من هذه الناحية إلى أقسام ثلاثة :

(أ) عقود لا يمكن بطبيعتها أن تنعقد إلا مضافة لزمان مستقبل ، وهى الوصية والإيضاء ، فكل منهما — كما بينا من قبل — لا يكون عقداً إلا بعد وفاة الموصى ، وإن لم يصرح بذلك فى كلامه . غير أن كلا منهما قد يكون مع هذا معلقاً على شرط أو لا يكون .

مثال التعليق ، أن تقول إن ربحت ألف جنيه من هذه العملية التجارية فهى وصية للفقراء بعد موتى ؛ فإن تحقق الربح وجد العقد ، ولكن لا يأخذ حكمه إلا بعد الوفاة . ومثال الوصية غير المعلقة ، أن تقول ثلث ما أملك وصية للفقراء ، أو نحوه .

(ب) عقود لا تنعقد إلا ناجزة غير مضافة ، ومنها الزواج ، والعقود التى تفيد الملك فى الحال ؛ كالبيع ، والصلح على مال ، والإبراء من الدين . وذلك لأن هذه العقود يمكن نفاذها فى الحال ، فلا يصح إرجاء أحكامها عن صيغتها التى هى أسباب حقة لها . ولأن الشارع جعلها ، مع هذا ، لإفادة آثارها فى الحال ، فتأخير هذه الآثار ينافى أصل وضعها الشرعى ، وبخاصة وهذا النفاذ فى الحال هو خاصة العقود كلها ، إلا ما لا يمكن تحقق ذلك فيه فى الحال .

(ج) عقود تصح ناجزة فور تحقق صيغتها ، كما يصح أن تضاف إلى زمن مستقبل محدد تكون فيه أحكامها وآثارها . ومن هذه العقود ما يفيد التملك حقاً

إلا أنه تملك منفعة تتحقق ساعة فساعة ، أى لا فى الحال ؛ مثل الإجارة ، والعارية ، والمزارعة ، والمساواة .

٦٤٣ — فى هذه العقود ، وأمثالها ، لا يمكن أن تتحقق المنفعة المعقود عليها دفعة واحدة ، فيقال بوجوب أن تكون ناجزة فور الصيغة ، ولهذا يصح ألا يبدأ ترتيب حكمها على الإيجاب والقبول إلا فى الوقت الذى يترضى عليه المتعاقدان .

ومن هذه العقود ، الكفالة والحالة من الالتزامات ، لأن كلا منهما لا يترتب عليه أثره فى الحال بطبيعته ، فقد ينقذ كل منهما ولا يؤدي الكفيل أو الحال عليه الدين إلا فى المستقبل ، ولذلك يصح إضافتهما لزمان يكون بعد العقد .

ومنها أيضاً ، عقود من عقود الإسقاط ، كالطلاق والعتق والوقف ، فى كل منها إسقاط لما يملكه العاقد ، فله أن يؤخره إلى الزمان الذى يريد إضافته إليه ، وبخاصة وليس هناك من يطالبه بنفاذ آثارها فوراً .

ومنها أخيراً ، عقود هى إطلاق وتمكين لشخص من تصرف كان محظوراً عليه ؛ مثل الوكالة ، والقضاء ، والإدارة ونحوها من الأعمال التى تتصل بغير القائم بها ؛ والإذن لصبي أو العبد فى التجارة . فلمن يصدر منه عقد من هذه العقود تأخير ترتيب آثاره عليه إلى زمن يضيفه إليه ، لأنها بطبيعتها لا تفيد أحكامها وآثارها كاملة حال صدورها ، بل هذه الأحكام تتجدد آناً فآنًا ، فصح إذا إضافتها للمستقبل .

٢ - قسم العقود بالنسبة للتعلق :

والعقود من هذه الناحية ثلاثة أقسام كذلك :

٦٤٤ — (١) عقود لا تقبل التعلق بحال^(١) ؛ وهى كل عقد يفيد الملك بطريق التبرع كالهبة ، أو بطريق المعاوضة كالبيع . وسواء أكان الملك ملك عين كما تقدم أم ملك منفعة كالإجارة والعارية . ومن هذه العقود أيضاً عقود الزواج ، والخلع ، والرهن ، والحجر على المأذون له فى التجارة .

(١) نلاحظ هنا أن المراد بأن هذا العقد أو ذاك لا يصح تعلقه ، أنه يفسد بالتعلق ، لا أن التعلق يبطل ويكون العقد صحيحاً . انظر ابن عابدين أصلاً وحاشية ، ٤ : ١٢٣ — ١٢٤ .

فلا يصح عقد الهبة إن قلت مثلاً: وهبتك مكتبتى إن سافرت لأوربا هذا العام أو إن قلت لابنك: وهبت لك هذه الساعة إن كنت الأول بين الناجحين هذا العام وكذلك البيع، حين تقول مثلاً: بعثتك هذه الدار إن تمكنت من شراء دار فلان؛ والإجارة بقولك: أجرتك هذه الأرض بكذا، إن لم يستأجرها غيرك بأكثر من هذا المبلغ؛ والعارية، مثلاً، بقولك: أعرتك هذه السيارة مدة شهر، إن تم لى شراؤها. ولا يصح أيضاً الزواج بقولك: تزوجتك إن رضى أهلى، ولا الخلع بقولك: خالعتك على كذا إن صح ما تخافينه من زواجى بفلانة؛ ولا الرهن بقولك: رهنتك هذه الأرض مدة كذا، إن اشتريت الدار أو العزبة الفلانية؛ ولا الحجر بقولك: إن سافرت لأوربا أو إسكندرية، فأنت ممنوع أو محجور عليك فى التجارة.

٦٤٥ — هذه العقود، وأمثالها، لا يصح فيها التعليق فى أية حال وبأى شرط لأن التعليق بأمر قد يوجد وربما لا يوجد يجعلها على خطر، وبخاصة وشأن ما يفيد الملكية أن يكون جازماً لا تردد فيه، وإلا كان الأمر أشبه بالقمار. فمن مصلحة طرفى العقد أن يكون كل منهما على بينة من أمره، فتم الصفقة بلا توقف، أو ينظر إلى غيرها^(١).

وهنا، نجد صاحب الفروق يقول: إن انتقال الأملاك يعتمد الرضا والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق؛ فإن شأن المعلق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاجة وحصاد الزرع، ولكن الاعتبار فى ذلك بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده الخ^(٢).

٦٤٧ — وهذا كلام طيب معقول، ولكن لا دائماً. لأننا نرى أنه يجب أن يصح تعليق البيع أو الإجارة ونحوها بالشرط المناسب، فإنه إذا كان مالك الأرض

(١) لأننا لا نرى بأساً من تعليق التبرع على شرط، وإن كان ربما لا يوجد، مادام المتبرع يملك الرجوع عن تبرعه، وبالأول يملك تعليقه، وما على المحسنين من سبيل! ولهذا أجاز مالك التعليق فيها.

(٢) ٢٧٦: ٣. وانظر الفرح الكبير للردير، ٣: ٧٣ — ٧٥.

زارعاً لها فعلاً ، لم لا يصح أن يبيعهما أو يؤجرها وقت قيام الزرع على أن يلزم حكم البيع أو الإجارة بعد حصاده ؟ إن هذا يكون في معنى استثناء بعض منفعة العقود عليه للمالك ، وقد أجازوه كثير من الفقهاء كما تقدم بيانه .

وكذلك ، لم لا يصح رهن الدار بعد انتقال الراهن منها في أثناء مدة معينة ، أو الأرض بعد حصاد ما يكون فيها من زرع ؟ ولم لا يصح تعليق الحجر بشرط ملائمة لعقد الحجر ، كوقوع المأذون له في التجارة في خسارة بينة أو غبن فاحش ؟

بقي الزواج والخلع ، وعدم جواز التعليق فيهما واضح لطبيعتهما ، وذلك لخطر العلاقة الزوجية ، إثباتاً أو رفعاً ، فلا يصح أن تقوم مع تعليقها على ما قد يكون وربما لا يكون ، بل إن الاستقرار فيها واجب من أول الأمر .

٦٤٨ — ب) وعلى العكس تماماً مما تقدم ، هناك عقود يصح فيها التعليق بأي شرط ، أي سواء كان مناسباً ملائماً لطبيعتها أم غير ملائم .

ومن هذا الضرب من العقود ما يكون إسقاطاً محضاً ؛ كالطلاق إذا قال الزوج لامرأته إن خرجت متبرجة للسوق فأنت طالق ؛ والعقود إذا قال المالك لعهده أنت حر إن نجحت في القيام بهذا العمل ؛ والنزول عن الشفعة لمن يستحقها كما إذا قال إن كان المشتري هو فلان ، أو إذا كان الثمن هو كذا . فقد أسقطت حتى فيها .

ومنها الوكالة والوصية والإيصاء . أما الأولى فلأنها ، كما قلنا من قبل ، بطبيعتها لا تفيد آثارها وقت صدورها ، بل حين مزاولة العمل آناءً فآناءً ؛ كالوكيل في الشراء لا يعمل إلا حين يجد السلعة ، وفي الدفاع لا يعمل إلا حين ترفع الدعوى^(١) . وأما الوصية والإيصاء ، فلما تقدم أيضاً من أنهما لا يترتب عليهما آثارهما إلا بعد وفاة الموصي فعلاً ، ولهذا لا عبرة برّد الموصي له قبل الوفاة أو قبوله .

ومنها ، أخيراً ، الالتزامات التي يراد منها تقوية الملزم نفسه وتشديد عزمه على

(١) وبخاصة ، والوكالة من العقود غير اللازمة ، فللموكل الرجوع عنها متى أراد ، فبالأولى يكون له تعليقها على الشرط الذي يريد .

القيام بعمل ؛ مثل أن يقول الإنسان : إن شفى الله من هذا المرض ، أو نجحت بتفوق في هذا الامتحان ، أو نجحت في هذه العملية التجارية ، أو نلت هذه الوظيفة ، لله على أن أحج هذا العام أو أصوم أيام الاثنين والخميس من كل أسبوع .

٦٤٩ — جـ) وهناك ، بعد هذين الضربين من العقود ، عقود أخرى وسط

بينهما ، إذ تجوز مع التعليق ، ولكن على الشرط المناسب أو الملائم لها ، لا على كل شرط كيف كان . والشرط الملائم ، هو ما كان مناسباً لمقتضى العقد ، عرفاً أو شرعاً ، بأن يكون أساساً لوجوده ، أو سبباً لثبوت الحق .

وهذه العقود ، كالكفالة حين يعلق الكفيل ضمان الثمن باستحقاق المبيع ، أو يقول إن أقرضت صديقي فلاناً مبلغ كذا فأنا ضامن له ، وهكذا من الصور المماثلة . وكالحالة ، حين يقول المدين مثلاً للدائن : إن لم أدفع لك دينك بعد شهر ، فقد أحلتك به على فلان ، أو يقول فلان هذا للدائن : إن لم يدفع لك المدين دينك بعد شهر فأنا قابل للحالة على به ، وهكذا . كالإذن للصبي أو للعبد في التجارة ، بأن يقول الولي أو السيد مثلاً : إن ثبت لي إحسانك للبيع والشراء ، فقد أذنت لك في التجارة .

٦٥٠ — أما التعليق بما لا يكون ملائماً للعقد من شروط فلا يصح ، كتعليق الكفالة أو قبول الحالة بالدين بنجاح ابنه في الامتحان مثلاً ، فإن التعليق على مثل هذه الشروط يعتبر ضرباً من العبث أو الهزل ، ولا تصح العقود مع الهزل كما هو معروف^(١) .

(١) يرجع إلى الهداية والنهاية وفتح القدير ٥ : ٤٠٤ وما بعدها ؛ والمبسوط ١٩ : ١٧٤ وما بعدها ، و ٢٠ : ٢ وما بعدها .

لقد جاء في الهداية : « ويجوز تعليق الكفالة بالشروط ؛ مثل أن يقول : ما بايتم فلاناً فعلى ، أو ما ذاب لك عليه فعلى ، أو ما غصبك فعلى . . ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها ؛ مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع ، أو لاستيفائه مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه ، أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة . . . [و] لا يصح التعليق بمجرد الشرط ، كقوله : إن هبت الريح أو جاء المطر . وكذا إذا جعل كل واحد منهما =

العقد الفوري والعقد المستمر

٦٥١ — وهذا تقسيم أخير للعقد باعتبار طبيعته . فإن من العقود ما تقتضى طبيعتها تنفيذها فور إنشائها ، بمعنى أن يتم الغرض أو الغاية منها بعد الإيجاب والقبول ؛ كالبيع الذى به يملك المشتري المبيع والبائع الثمن بعد إنشائه^(١) ، والزواج الذى يحمل استمتاع كل من طرفيه بالآخر متى صدر الإيجاب والقبول ، وهكذا أغلب العقود التى عرفناها ، وتسمى العقود الفورية التنفيذ .

ومن العقود طائفة قليلة أخرى لا يمكن ، بحسب طبيعتها أيضاً ، أن يتم تنفيذها من الجانبين فور إنشائها ، بل هذا التنفيذ يتطلب من أحد العاقدين وقتاً يتم فيه آنفاً فآناً ، أى لا يتحقق العقود عليه — الذى يقتضى تنفيذه فترة طويلة أو قصيرة من الزمن — إلا شيئاً فشيئاً بمضى الزمن ، فهو تنفيذ مستمر متجدد أو متعاقب ، ومن ثم تسمى عقوداً مستمرة أو متجددة *Contrats à exécution successives* . وأهم هذه العقود ، عقد الإجارة ، سواء أكانت إجارة شيء أم شخص ، ثم عقد الوكالة فى بعض صورها^(٢) .

= أجلاً ، إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا ؛ لأن الكفالة ، لما صح تعليقها بالشرط ، لا تبطل بالشروط الفاسدة ، كالطلاق والعناق ، وما جاء فى الفتح لا يخرج عن هذا ، فإنه شرح وتوضيح له . وجاء فى العناية : يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم ؛ مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق ، كقوله إذا استحق المبيع ؛ أو لإمكان الاستيفاء ، مثل أن يقول إذا قدم زيد وهو المكفول عنه ، أو لتعذر الاستيفاء ، مثل قوله إذا غاب عن البلدة ، أو إذا مات ولم يدع شيئاً ، أو إذا حل ملك عليه ولم يوف به فعلى . ولا يجوز بشرط مجرد عن الملاءمة ، كقوله إن هبت الريح أوجاء المطر . هذا ، وانظر فى باب تعليق العقود وإضافتها بصفة عامة ، ما سبق أن نقلناه عن الفتاوى الهندية . والزيلى وفتح القدير وغيرها فى الكلام عن الشروط الصحيحة والفاسدة والباطلة . وراجع أيضاً ، الزيلى ، ٤ : ١٥٣ — ١٥٤ فى الكفالة ؛ ومذكرة الالتزامات فى الفروع الإسلامى للشيخ أحمد إبراهيم ص ١٦٩ وما بعدها ؛ ومقال العقود والشروط والخيارات له أيضاً فى العدد السادس من السنة الرابعة من مجلة القانون والاقتصاد ص ٦٦١ وما بعدها .

(١) إن لم يكن فيه خيار على ما هو معروف .

(٢) أفدنا هنا من « عقد المدة » رسالة قال بها الدكتوراه الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى ، وهو بحث قيم . وراجع فى بعض مثل هذا الضرب من العقود ، ص ٢٦ وما بعدها ، ٤٠ وما بعدها .

٦٥٢ — ففى عقد الإجارة نرى أن المعقود عليه هو منفعة العين أو الشخص المستأجر ، وهذه المنفعة لا توجد فور الإيجاب والقبول ، بل توجد للمستأجر شيئاً فشيئاً مع الزمن ، ولذلك صح لفقهاء القول بأنه عقد شرع على خلاف القياس لحاجة الناس إليه ، إذ القياس كان ألا يصح لعدم وجود المعقود عليه حين العقد^(١) . وإن كان الإمام الشافعى يقول بأن المنفعة تُصَوَّر وجودها كلها وقت العقد ، فجاز العقد عليها كأنها عين من الأعيان لا عَرَض ينقضى بانقضاء الزمان^(٢) .

٦٥٣ — ولهذا الاختلاف فى تصوير قيام عقد الإجارة بين الأحناف والشافعية

أثره الكبير من ناحيتين :

- (أ) ناحية اعتباره عقداً واحداً ، أو عقوداً متجددة يتلو بعضها بعضاً .
 - (ب) ناحية تعود إلى التطبيق ؛ بمعنى هل يفسخ العقد بالأعذار التى تحول بين المستأجر والمنفعة ، أو لا يفسخ بذلك ؛ ثم ما أثر هذا أو ذاك فى استحقاق الأجرة عن المدة الباقية عند عدم التمكن من الانتفاع ، أو عدم استحقاقها .
- ٦٥٤ — فن الناحية الأولى ، نجد الشافعية يعتبرونها عقداً واحداً بلا ريب ، ما داموا يتصورون المنفعة موجودة كلها حين العقد ، فكأنها عين تباع وتشتري ، وليس الأمر كذلك عند الأحناف . إن الناظر فى كتب هؤلاء يرى كثيراً أمثال هذه التعابير^(٣) : « كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه بحاله ، كأنه عقد عليه عقداً « مبتداً » ؛ المنافع تحدث شيئاً فشيئاً ، والعقد ينعقد حسب حدوث المنافع » ؛ « كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه لأنه يتجدد ويحدث شيئاً فشيئاً » ؛ الإجارة بيع المنفعة ، والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقود [عليه] عقداً مبتداً » .

(١) البدائع ، ٤ : ١٧٤ - ١٧٥

(٢) نفسه ، ص ١٧٩ ، ٢٠١

(٣) البدائع ، ٤ : ١٧٧ ، ١٧٨ ، ١٨١ ، ١٩٥ . وانظر فى كل من هذه المواضع ،

التطبيقات العملية على هذا الأصل ، مع الخلاف فى بعض هذه التطبيقات .

هذه التعابير قد توحى بأن الإجارة ليست عقداً واحداً ، بل عقوداً متعددة ، ما دام كل جزء من أجزاء المنفعة — وهى محل العقد — معقوداً عليه ، وهذه الأجزاء تحدث مع الزمن شيئاً فشيئاً . إلا أن هذا اعتبار لا يتفق مع الواقع فعلاً ؛ فإن ركن العقد هو الإيجاب والقبول ، وهما لا يصدران إلا مرة واحدة فى كل عقد حتى عقد الإجارة ، فلا يمكن القول بأن هذا العقد بخصوصه عقود متعددة ، بل هو بلا ريب عقد واحد يفرض أنه متعدد أو مستمر أو متجدد طوال المدة المتفق عليها بين المؤجر والمستأجر ، إذ يتم تنفيذه شيئاً فشيئاً^(١) .

٦٥٥ — ومن الناحية الثانية ، وهى ناحية التطبيق ، نرى الشافعية لا يجيزون فسخ عقد الإجارة بكثير من الأعذار والأسباب التى يفسخ بها عند الأحناف ، فالإجارة لا تفسخ عند الأولين لهذه الأعذار وأمثالها^(٢) :

(أ) تعذر وقود حَمَام مستأجر ، أو عدم إمكان دخول الناس فيه لخراب ماحوله وقد كان عامراً حين العقد .

(ب) إبطال أمير البلد التفرج فى الشُّقن ، وقد اكترأها أحد الناس لذلك .

(ج) تعذر السفر بالدابة المستأجرة .

(د) بهلاك الزرع بجائحة كجراد أو سيل ، وليس للمستأجر أيضاً حط شيء من الأجرة ، لانتفاء الخلل فى منفعة الأرض !

(هـ) بموت أحد العاقدين أو كليهما ، لأنها عقد لازم ، ووارث من مات يقوم مقامه فى تنفيذ العقد . لكنها تفسخ بهلاك العين المستأجرة نفسها كالدابة مثلاً .

(و) انقطاع ماء أرض استؤجرت للزراعة ، لبقاء الأرض موضوع العقد ، مع إمكان سقيها بماء آخر ، ولكن يثبت الخيار للمستأجر بسبب هذا العيب .

(١) وقد انتهى الدكتور حجازى إلى هذه النتيجة ، بعد عرض رأى القائلين بأنها عقود متعددة ورأى القائلين بأنها عقد واحد . انظر عقد المدة ، ص ٨٣ وما بعدها ، ص ٢٣٧ .

(٢) نهاية المحتاج ، ج ٤ : ٢٢٨ — ٢٣٠ ، ٢٣٣ . فمكان الضابط فى ذلك ، هو بقاء العين المستأجرة أو عدم بقائها ، دون نظر إلى المنفعة وإمكانها أو عدم إمكانها .

٦٥٦ — على حين أن الأمر عند الأحناف جِدُّ مختلف . فقد الإجارة يفسخ من الأعذار ، مثل :

(أ) أن يُفلس التاجر الذى استأجر الدكان ليتجر فيه^(١) ، أو ينتقل من التجارة إلى الزراعة ، أو من الزراعة للتجارة وقد كان استأجر الأرض لزراعتها . لأن بقاء العقد قائماً ضرر للمستأجر لقوات المنفعة المعقود عليها ، وفى إكراهه على عدم تغيير حرفه أو عمله ضرر أيضاً ، ولا ضرر ولا ضرار فى الشريعة .

(ب) أن يريد مستأجر دكان أو أرض السفر من البلد نهائياً ، لأن مصلحته فى ذلك . وأن يريد عدم السفر لمنفعة بدت له ، وقد كان استأجر دابة أو سيارة ليسافر عليها .

(ج) أن يضطر مؤجر الدابة أو السيارة أو العقار إلى بيع ما أجره لقضاء دين لا شك فى ثبوته عليه ، ولا يجد وسيلة أخرى لقضائه ، دفماً للضرر عنه إذا لم يؤد الدين .

(د) موت المستأجر ، ومن ذلك موت الصبي الرضيع تنفسخ به إجارة المرضعة له لأنه هو المعقود له .

(هـ) انقطاع الماء الذى تدور به الرَّحَى المستأجرة ، أو تُسقى به الأرض الزراعية ، لعدم التمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها . وهنا خلاف فى أن العقد ينفسخ من نفسه ، أو يثبت حق الفسخ للمستأجر^(٢) .

٦٥٧ — ومردّ الخلاف فى هذه التطبيقات ونحوها ، أو فى انفساخ عقد الإجارة بالأعذار أو عدم انفساخه ، هو أن الإجارة عند الشافعى ضرب من البيع لتمام العقد بالاتفاق بين الطرفين كما فى البيع ، فيكون عقداً لازماً لا ينفسخ إلا باتفاقهما

(١) قارن هذا ، بما يراه الشافعية من أن احتراق أمتعه حانوت ليس عذراً فى انفساخ عقد الإجارة ، نهاية المحتاج ٤ : ٢٢٩

(٢) راجع فى هذه الحالات وغيرها ، البدائم ٤ : ١٩٧ — ١٩٨ ، ٢٢٢ — ٢٢٣

حكما . وربما جاز للشافعي أن يقول ، تنمة لحجته ، بأن من اشترى محلا ليكون مصنعا له ، ثم بدا له ترك الصناعة إلى الزراعة لم يكن هذا عذرا يبيح له فسخ العقد . لكن الأحناف يقولون بأن العقود عليه في الإجارة هو المنفعة لا الشيء نفسه ، على حين أن العقود عليه في البيع الشيء نفسه ، والمنافع تتجدد ساعة فساعة ، فوجب أن تنقذ الإجارة ساعة فساعة أيضا حسب حدوث أجزاء المنفعة . على حين يقول الشافعي — كما ذكرنا من قبل — بأن منافع المدة تعتبر موجودة للحال حين العقد كأنها أعيان قائمة فأشبهه ببيع العين ، فلا معنى إذا للذهاب إلى انقضاء العقد أو فسخه بمثل تلك الأعذار ما دامت العين نفسها قائمة^(١) .

٦٥٨ — هذا ، وفيما سبق بيان لبعض ما يتفرّد به العقد المستمر عن العقد الفوري ، ومرجع ذلك إلى طبيعة كل منهما ، ونشير الآن إلى خاصة أخرى للعقد الفوري متى انفسخ لسبب من الأسباب . ذلك ، بأن العقد من العقود الفورية متى انفسخ صار كأنه لم يكن ، وحينئذ يسقط عن كل من طرفيه ما كان قد التزمه كدفع المبيع أو الثمن في عقد البيع مثلا . أما في عقد المدة أو العقد المستمر ، فإن العقود عليه كما علمنا هو منافع الشيء أو الشخص المستأجر ، فمتى انفسخ العقد ينفسخ فيما بقي من المدة لا فيما مضى ؛ لأن ما مضى منها قد وصل إلى المستأجر المنافع التي كانت فيها ، وحينئذ يسقط من الأجرة حساب المدة الباقية بعد الفسخ^(٢) .

وربما كان عجبا أن الشافعية لم يسيروا هنا مع أصلهم في هذا الضرب من العقود ، هذا الأصل الذي هو — كما نعرف — اعتبار المنافع قائمة حين العقد كأنها عين من الأعيان ، فيكون العقد مثل عقد البيع في الزوم ، فكان مقتضى هذا الأصل ألا يسقط شيء من الأجرة عن المدة الباقية متى انفسخ العقد لعذر يرويه مثل هلاك

(١) انظر ، فضلا عملا سبق ، في هذه الحالات وغيرها ، البدائع ٤ : ١٩٧ ، ٢٢٢ .

وراجع أيضا في الموضوع نفسه بيننا وبين الشافعية ، المبسوط ١٦ : ٢ — ٦ .

(٢) البدائع ، ٤ : ١٧٩ ، ١٩٦ .

الشيء المستأجر نفسه . لكنهم ذهبوا هنا ، مثل الأحناف ، إلى سقوط أجره المدة الباقية تمشياً مع الواقع والعدالة^(١) .

ثالثاً — العقد من ناحية آثاره

٦٥٩ — ليست العقود كلها ضرباً واحداً من ناحية أحكامها وآثارها ، أو من ناحية أغراضها بكلمة واحدة ، ولذلك سبق أن وصفنا هذا العقد أو ذاك بأنه من عقود المعاوضات أو التبرعات أو التوثيقات . إنها ، من أجل ذلك ، « وَحَدَات » تنضم كل وحدة منها تحت عنوان خاص ، بحسب الغرض الذي يجمع بين أفرادها . وقد يدخل العقد الواحد في أكثر من وحدة أو مجموعة ، إذا كان الغرض منه متعدداً من نواح مختلفة . ونذكر الآن أهم هذه المجموعات بإجمال ، تاركين التفصيل إلى محله عند الكلام على كل عقد على حدته^(٢) .

٦٦٠ — (١) من العقود ما يسمى بعقود التمليكات ، سواء أكان المراد تملك عين أم تملك منفعة ، وسواء أكان التملك بعوض أم بغير عوض ؛ فإن كان بعوض ، سميت العقود عقود معاوضات ، وإلا فهي عقود تبرعات .

من هذه العقود ، البيوع على اختلاف أنواعها ، بما فيها العرف والسلم ونحوهما ، والصلح ، والقسمة لشيء مشاع بين اثنين أو أكثر ، والاستصناع كما يكون بين النجارين والحياطين ونحوهم وبين من يتعاملون معهم ، والإجارة ، والمزارعة ، والزواج وما قد يتصل به من خلع ورجعة ، والجمالة . والضابط لهذه العقود ، أن يكون في كل منها معنى المبادلة والمعاوضة بين طرفيه .

٦٦١ — (٢) ومنها التبرعات ، كالهبة والصدقة ، ففيهما التبرع بشيء من الأشياء للموهوب له أو المتصدق عليه ؛ والوصية بجزء من التركة عيناً أو بمنفعة بشيء

(١) نهاية المحتاج ، ج ٤ : ٢٢٩ — ٢٣٠ ، ٢٣٣ — ٢٣٤

(٢) ينبى أن نذكر ، من أول الأمر ، أننا نريد بالعقد هنا العقد بمعناه العام ، أى التصرف ولو من جانب واحد .

منها كسكنى الدار مثلاً ، والقرض ، والإعارة لشيء من الأشياء للانتفاع به ثم رده لصاحبه ، والوقف ، والحوالة للدين .

وهنا ، فى كل هذه العقود تمليك شيء أو منفعة من طرف إلى آخر ، ومن ثمّ يمكن عدّها فى باب التمليكات عن طريق التبرع ، أى لا عن طريق المعاوضة لأن المتبرع هنا لا يطلب عوضاً عما تبرع به .

٦٦٢ — ٣) الإسقاطات ، وهى قد تكون إسقاطات محضة ، أى بلا بدل من الطرف الآخر ، كالعفو عن القصاص لوجه الله ، والنزول عن الشفعة أو نسليهما كما يعبر الفقهاء ، والإبراء من الدائن للمدين عن دينه ، والطلاق بلا مال تدفعه الزوجة ، والإعتاق .

وقد تكون نظير بدل أو عوض يدفعه الطرف الآخر ؛ كالعفو عن القصاص نظير تعويض يدفعه الجانى ، والطلاق نظير مبلغ من المال تدفعه الزوجة ويسمى الخلع حتى لا يستطيع الزوج ردّها لعصته بعد ذلك .

٦٦٣ — ٤) الإطلاقات ، ومعنى هذا إطلاق الإنسان يد غيره فى العمل بعد أن كان لا يجوز له القيام به وذلك يشمل ، عقد الوكالة الذى به يقوم الوكيل بعمل أو أعمال للموكل وباسمه ، والإذن للشخص المحجور عليه لسبب من أسباب الحجر المعروفة فى التجارة ، وإذن الوصى للصغير المميز فى القيام ببعض الأعمال الخاصة بالصبي نفسه من زراعة أرضه أو شراء ما يلزمه مما فيه نفع له ، وتولية عمال الدولة للقيام بالأعمال التى تميزها لهم مناصبهم .

٦٦٤ — ٥) التقييدات ، ونريد بها تقييد شخص لآخر حتى لا يجوز له القيام بما كان يجوز له من قبل من أعمال . وهذا ، مثل عزل الولاية والقضاة ، وعزل ناظر الوقف والوصى والقيم على المحجور عليه . ومن هذه « الوخدة » من العقود ، عزل الموكل وكيله فى شأن من الشئون ؛ كإدارة أملاكه أو المرافعة

عنه أمام القضاء ، والحجر على من يستحق الحجر لجنون أو عته أو سفه على خلاف المعروف في الحجر بسبب السفه ، وكذلك الحجر عن المأذون له في التجارة .

٦٦٥ — ٦) الشركات ، وهي عقود الغرض منها الاشتراك في العمل والربح بين أطرافها ، على أن العمل ربما لا يكون موزعاً على الجميع كما هو معروف في الشركات الكبيرة بالقاهرة مثلاً . ومنها عقد المضاربة الذي به يتجر بعض الناس بمال لآخر على أن يكون الربح بينهما والخسارة عليهما ، وعقد المزارعة الجارى كثيراً في الأرياف وقد سبق عذّه في عقود المعاوضات قسم التمليكات .

٦٦٦ — ٧) وأخيراً ، نذكر عقود الضمان ، أو التوثيقات أو التأمينات .

بلغة القانون ، وهي عقود يراد بالواحد منها توثق الدائن أو تأمينه على دينه قبل المدين . وأهم هذه العقود ، الرهن يقدمه المدين للدائن ضماناً للسداد ، والكفالة يتقدم بها أجنبي عن الدائن والمدين ليأمن الدائن على دينه عند الآخر ، والحوالة التي يقبل فيها أجنبي حوالة دين الدائن عليه .

الخيارات

معناها والحاجة إليها :

٦٦٧ — الخيارات جمع خيار ، ومعناه اختيار المرء ما يراه خيراً له من أمرين أو أمور . والمراد به هنا أن يكون للمتعاقد الخيار بين إمضاء العقد أو عدم إمضائه بفسخه ، إن كان الأمر أمر خيار شرط أو رؤية أو عيب ؛ أو أن يختار أن يكون المبيع هذا أو ذاك ، إن كان الأمر أمر خيار التعيين ؛ وكل ذلك على ما سنراه مفصلاً . وقد شرعت كل هذه الضروب من الخيار ، لضمان رضا المتعاقدين ، وتأكد كليّ منهما أن العقد — حين يتم ويُقضى — يحقق رغبته ومصلحته ، وقد عرفنا أن رضا المتعاقدين هو الأساس الذي يجب أن يقوم عليه كل عقد من العقود . هذه الحاجة هي التي دعت لشرعية هذه « الخيارات » ، مع أن مقتضى العقد أن يكون لازماً لا خيار فيه ، ضماناً لاستقرار العقود والمعاملات بين الناس . ونظن أن حق الفسخ بسبب خيار من هذه الخيارات ، أمر قد انفرد به الفقه الإسلامي مع شدة الحاجة له .

ومن هذه الخيارات ، التي نتكلم عنها هنا ، ما يرجع ثبوته إلى اشتراط العاقد ، وذلك خيار التعيين وخيار الشرط ؛ ومنها ما يرجع إلى الشرع نفسه ، وهذا هو خيار الرؤية وخيار العيب^(١) .

خيار التعيين

٦٦٨ — هذا النوع من الخيار يدخل في العقود الناقلة للملكية ، من بيع وهبة بعوض ونحوهما ، وبه يتعين موضوع العقد بعد أن كان واحداً من اثنين أو ثلاثة بمعنى أن يرد العقد على واحد من شيئين أو ثلاثة أشياء مختلفة في الثمن والصفة ،

ثم يكون للمشتري مثلاً حق تعيين هذا الواحد فيصبح محل العقد معلوماً تماماً بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة .

وثبت هذا الخيار من باب الاستحسان على خلاف القياس ، وبالقياس أخذ زفر والشافعي وابن حنبل فلم يميزوه لجهالة المبيع في هذه الحالة ، ومن شروط صحة البيع أن يكون المبيع معلوماً . وجه الاستحسان — كما يقول الزيلعي^(١) — أن الخيار بصفة عامة شرع لدفع الغبن عن صاحبه ، وهنا الحاجة ماسة إليه ليختار ما هو الأرفق والأوفق له . وربما لا يستطيع المشتري الاختيار بنفسه ، وحينئذ يحتاج إلى الاستعانة برأى غيره ؛ وربما لا يكون مشترياً لنفسه ، فيكون من الضروري أن يترك الخيار لصاحب الشأن ، ولا يمكنه البائع من حمل السلعة إليه إلا بالشراء كي لا تبقى أمانة في يده فتكون مضمونة على المشتري صاحب الشأن ، ولهذا كان في معنى خيار الشرط الذي أجازهُ الشارع بنص الحديث على ما سيجيء بيانه . ثم الجهالة هنا لا خطر لها ولا تفضي إلى النزاع ، لتعيين ثمن كل مما جعل له الخيار في تعيين أحدهما للشراء .

وفي الحق ، إن هذا الضرب من الخيار ينتفع به كثير من الناس دون أن يعرفوا أنهم يمارسونه . فالسيدة من السيدات ربما لا تستطيع الذهاب بنفسها إلى بائع الحلوى مثلاً ، فتوكل من يشتري لها ما تريد منها على أن تكون بالخيار بين قطعتين أو ثلاثة من النوع الذي تريد ، ثم لها أن تختار واحدة منها . وكثيراً ما يشتري الخادم مثلاً لأهله شيئاً من اثنين أو ثلاثة ، ثم يختار أهل البيت واحداً منها .

٦٨٩ — ثم ، هل يشترط أن يكون مع هذا الخيار خيار الشرط أيضاً ، أو لا يشترط ذلك ؟ خلاف بين الفقهاء فيما نقل عنهم . قيل يشترط خيار الشرط مع خيار التعيين ، وهو المذكور في الجامع الصغير ، وهذا هو الرأي الصحيح في قول شمس الأئمة . وقيل لا يشترط ، كما ذكر في الجامع الكبير ، وهو الصحيح في قول فخر الإسلام^(٢) .

والأجفاف ، حين أجازوا بخيار التعيين استحصانا لا قياسا ، لا يرون جميعا جواز اشتراطه للبائع لعدم الحاجة إليه ، ولأن ما جاز استحصانا على خلاف القياس لا يتوسع فيه إلا الحاجة ، وقيل يجوز اشتراطه للبائع أيضا قياسا على جواز شرطه للمشتري^(١) . وإلى الرأي الأول نميل لعدم الحاجة كما قال أصحابه ، ولأن من مقتضى العقد اللزوم فلا يصح إجازة ما يخالفه إلا لضرورة .

٦٦٩ — وقد اشترط الفقهاء لصحة العقد مع هذا الخيار شروطا كلها معقول وطبيعي ، وهي ثلاثة^(٢) :

(أ) أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء على الأكثر ، لأن في الثلاثة موضعاً للخيار لمن يريد .

(ب) أن تكون هذه الأشياء متفاوتة فيما بينها وثن كل منها معينا ؛ وإلا كان الخيار عبثا إن لم تكن مختلفة ، أو كان الثمن مجهولا ، ومن شروط صحة البيع معرفة الثمن .

(ج) أن تكون مدته معلومة ولا تزيد عن ثلاثة أيام عند أبي حنيفة ، واكتفى أصحابان باشتراط أن تكون معلومة أيا كانت ، وإليه مال الزيلعي . أما نحن فنميل إلى شرط تحديد المدة ليكون البائع على بينة من الأمر ، وليستقر أمر الصفقة ويصير للبائع حق التصرف في الذي لم يحتره المشتري من بين الأشياء التي كانت موضوع الخيار .

٦٧٠ — والبيع مع خيار التعيين حكمه الخاص ، وهو ثبوت الملك للمشتري في أحد الأشياء التي جعلها رضا البائع موضوع اختياره . ذلك ، بأن البائع يقول مثلا : « بعت منك أحد هذين الثوبين أو أحد هذين العبدین أو الدابتين ، أو غيرها من الأشياء المتفاوتة ، على أن تأخذ أيهما شئت ، وقبل المشتري . وهذا يوجب

(١) الزيلعي ، ص ٢٢ : البدائع ، ج ٥ : ٢٦٢
(٢) الزيلعي ، ج ٤ : ٢٠١ : البدائع ، ج ٥ : ٢٦١

ثبوت الملك للمشتري في أحدهما وثبوت خيار التعيين له ، والآخر يكون ملك البائع أمانة في يده ،^(١) ؛ لأنه ، أي المشتري ، قبضه بإذن المالك لا على وجه التملك .

والملك الثابت للمشتري بهذا الخيار ملك غير لازم ، فله رد ما اشتراه جميعا ، كما هو الأمر في خيار العيب وخيار الرؤية ؛ فإن كلا من الثلاثة يمنع لزوم العقد والملك ، وإلا لما كان لاشتراطها معنى . ثم الحاجة لشرع مثل هذا البيع لا تتحقق إلا إذا كان جائز الفسخ ؛ فربما لا يرضى المشتري بالمبيع فيحتاج إلى رده ، والزموم يمنع هذا الرد .

٦٧١ — على أن هذا الخيار قد يبطل بطرق مختلفة ، وإذا فيلزم البيع ويصير المبيع مملوكا للمشتري على طريق اللزوم .

والذي يبطل به ذلك الخيار على ضربين : اختياري و ضروري . فالاختياري أن يختار المشتري صراحة هذا الشيء دون ذاك ، أو أن يتصرف في أحد المبيعين تصرفا يدل على أنه اختاره وعينه . والضروري أن يهلك أحد المبيعين في يد المشتري بعد القبض ، فحينئذ يتعين الآخر ليكون هو المبيع وعليه ثمنه .

٦٧٢ — وإذا حدث أن مات المشتري ، قبل بطلان خيار التعيين بأية طريقة من الطرق ، لم يبطل هذا الخيار ، بل يرثه ورثة المشتري ، لأن خيار التعيين يورث بخلاف خيار الشرط على ما سيجيء . وسبب هذا ، أن المبيع بخيار الشرط شيء واحد فيكون هو المبيع بلا ريب إذا مات من شرط لنفسه خيار الشرط . أما في خيار التعيين فالمبيع — كما عرفنا — أكثر من واحد ، فلا بد من تعيين أحدهما من المشتري أو من وارثه إذا مات المورث قبل بطلان الخيار إلا أن بين المشتري ووارثه هنا فرقا ، وهو « أنه ليس له [للوارث] أن يردهما جميعا . وقد كان للوارث ذلك » كما يقول الكاساني^(٢) .

(١) البدائع ، ٥٠ : ٢٦١

(٢) البدائع ، ٥٠ : ٢٦٢ ، ص ٢٦٨

خيار الشرط

٦٧٣ — أما خيار الشرط فقد يكون وحده كما إذا شرطه أحد المتبايعين لنفسه ، أو شرطه كل منهما لنفسه أيضا . وقد يكون مع خيار التعيين كما إذا اشترى فلان من الناس قطعة نسيج مثلا على أن له خيار الشرط فيهما معا فله أن يردّها جميعا في مدة الخيار ، كما أن له خيار التعيين في إحداها فله أن يعين ما يختاره منهما في مدة محددة .

وقد شرع خيار الشرط للحاجة إليه كما قدمنا ، وإن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة ، فلمن شرط هذا الخيار لنفسه رد المبيع في مدة الخيار وهي ثلاثة أيام أو أقل ، كأن يقول أحد المتبايعين بعت أو اشتريت هذا على أنى بالخيار يوما أو اثنين أو ثلاثة أيام على الأكثر .

وشرعية هذا الخيار ثابتة بقول الرسول صلى الله عليه وسلم لحَبَّان بن مُنْقِذ الأنصاري ، وكان يغبن إذا باع أو اشترى : « إذا بايعت فقل لا خِلاَبة ولى الخيار ثلاثة أيام^(١) » . وقد روى البخارى ومسلم هذا الحديث عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما هكذا : إن رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يُخَدَع في البيوع ، فقال : « إذا بايعت فقل لا خِلاَبة^(٢) » .

٦٧٤ — واشتراط الخيار لأحد المتبايعين مدة لا تزيد عن ثلاثة أيام هو رأى أبى حنيفة وزفر والشافعى . وعند الصاحبين يجوز اشتراطه مدة معلومة أكثر من ذلك ، وهذا لما روى عن ابن عمر أنه أجازَه إلى شهرين ؛ ولأنه شرع للحاجة لدفع الغبن عن اشتراطه لنفسه ، وقد تقتضى الحاجة مدة أكثر من ثلاثة أيام للتروى ولاستطلاع رأى يستنير به .

(١) الزبلى ، ٤ : ١٤ ؛ فتح القدير ، ٥ : ١١١ ؛ العناية للبارتى بهامش

الفتح ، ٥ : ١١٠

(٢) اللؤلؤ والرجان ، ٢ : ١٥٦ — ١٥٧

إلا أن أبا حنيفة ، ومن سار على مذهبه ، يرون أن شرع الخيار على خلاف القياس ، لأن اشتراطه مناف لما يقتضيه العقد من اللزوم بعد الإيجاب والقبول ، وإذا يقتصر فيه من ناحية المدة على ما جاء به نص الشارع^(١) . على أن أبا حنيفة يرى أنه لو شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام ، ثم أجاز له الخيار في الثلاثة صح البيع ؛ لزوال المفسد (وهو اليوم الرابع) قبل أن يتقرر فينقلب العقد صحيحاً . في حين يرى زفر أنه لا يصح في هذه الحالة ؛ لأن العقد وقع فاسداً بشرط الخيار أكثر من المدة التي أجازها الشارع ، والقاسد من العقود لا يعود صحيحاً بحال^(٢) . ونظن أن رأى الإمام أوجه وأحق بالاتباع لما قال .

٦٧٥ — ويرى ابن حنبل أنه يجوز اشتراط خيار الشرط أى مدة كانت ، طويلة أو قصيرة ، ما دامت مدة معينة معلومة للمتعاقدين ، وهذا — كما رأينا — قول الصحابين أبى يوسف ومحمد . أما لو اشترط المشتري ، ولو برضا البائع ، الخيار لنفسه مدة غير معينة كأن يقول البائع لك الخيار متى شئت أو شاء فلان ، أو مدة مجهولة كأن يقول البائع للمشتري لك الخيار إلى أن ينزل المطر ، فإن البيع يكون صحيحاً لازماً والشرط لاغياً^(٣) .

بقى أن المالكية يرون أن مدة هذا الخيار (ويسمونه خيار التروى وخيار الشرط أيضاً) تختلف — طولاً وقصراً — باختلاف السلعة للبيع لأن الحاجة لشرعه تقتضى ذلك الاختلاف في مدته . وهذه المدة نحو شهر إذا كانت السلعة داراً ونحوها ، وأسبوع إذا كانت رقيقاً ، وثلاثة أيام إذا كانت ثياباً أو دابة ونحوها (إذا كان

(١) الزيلعي ، ح ٤ : ١٤ ؛ فتح القدير ، ح ٥ : ١١٠ — ١١٢ ؛ النهاية ح ٥ : ١١٠ ؛ نهاية المحتاج ، ح ٣ : ٩٦ ، وفيه أنه ورد أن الرسول أبطل بيعاً شرط فيه الخيار أربعة أيام .

(٢) الزيلعي ، ح ٤ : ١٥ ؛ فتح القدير ، ح ٥ : ١١٣ . ولو اشترى على أنه إن لم يدفع الثمن في أثناء ثلاثة أيام ، صح البيع ؛ ولو جعل المدة أكثر من الثلاثة ، لا يصح عند الشيخين ويصح عند محمد . على أنه إن دفع الثمن في هذه الحالة قبل اليوم الرابع ، صح البيع لإجماع ، لزوال ما كان سبب الفساد لو حصل . راجع الزيلعي ، ح ٤ : ١٥ — ١٦ ؛ فتح القدير ، ح ٥ : ١١٤ — ١١٥ .

(٣) كشف القناع ، ح ٢ : ٤٧ .

الخيار للمشورة ، وإلا فيوم ونحوه إذا كان للاختبار) ، وأقل من ذلك مما تندفع به الحاجة في الخضر والفواكه وأمثالها^(١) .

وإذا شرط الخيار ولم يحدد له أجلا معلوماً ، لا يفسد البيع ولا الشرط ، وهنا موضع المخالفة للشافعية وغيرهم ، ولكن — كما يقول ابن رشد الخبر — تحدد للخيار المدة اللازمة بحسب السلعة موضوع البيع ، ويحكم في هذا العرف والعادة^(٢) .

٦٧٦ — وكما يصح اشتراط خيار الشرط ، على الخلاف في مدته ، لكل من العاقلين ، يصح أن يشترطه أحدهما لأجنبي خارج عن العقد فقد تكون الحاجة ماسة لذلك ، وحينئذ يكون لكل منهما (أى للمشتري مثلاً ، إذا كان هو المشتري الخيار لغيره ، ولهذا الغير) أن يجيز البيع أو أن ينقضه ، لأن السلطة التي تكون للنائب تكون طبعاً للأصيل ما دام النائب يستمدها منه^(٣) .

وفي هذه الحالة ، إن أجاز أحدهما وفسخ الآخر ، كان تصرف السابق منهما أحق بالاعتبار ؛ وإن أجاز أحدهما ونقض الآخر في آن واحد ، كان الفسخ أولى بالاعتبار في رواية لأن العقد لا يلزم إلا إذا كان متيقناً ، وفي أخرى كان المعتبر هو تصرف المالك فسخاً كان أو إجازة لأنه الأصيل فيعتبر أنه عزل نائبه بمخالفته له^(٤) .

وجواز اشتراط خيار الشرط لغير المتعاقدين هو عند الفقهاء جميعاً : الأحناف والحنابلة والشافعية^(٥) ، إلا عند زفر من الأحناف وقوله هو القياس ؛ « لأن الخيار من مواجب العقد ومن أحكامه ، فلا يجوز اشتراطه لغير السائد ، كاشتراط الثمن على غيره ؛ وهذا لأن اشتراط مالا يقتضيه العقد مفسد ، وفيه ذلك فيفسد^(٦) » .

(١) مواهب الجليل للخطاب ، ج ٤ : ٤١٠ — ٤١٢ ؛ التاج والإكليل على هامشه ، ج ٤ : ٤١٠ — ٤١١ ؛ المرح الصغير للرددير ، ج ٢ : ٥٢ — ٥٣ . على أن هذه المراجع حكمت أقوالاً أخرى في تقدير المدة .

(٢) التاج والإكليل ، ج ٤ : ٤١٤

(٣) الزيلعي ، ج ٤ : ١٩ — ٢٠ ؛ البدائع ، ج ٥ : ٢٧١

(٤) الزيلعي ، ج ٤ : ١٩ — ٢٠

(٥) أنظر عند الحنابلة كشف القناع ، ج ٢ : ٤٨ — ٤٩ ؛ وعند الشافعية نهاية المحتاج ،

ج ٣ : ٩٢ ، ٩٧ — ٩٧

(٦) الزيلعي ، ج ٤ : ١٩

٦٧٧. — والعقد الذى يدخله خيار للشرط هو عقد غير لازم ، وإلا لما كان من معنى أو فائدة للخيار ؛ لأن الخيار هو التخيير بين إجازة العقد وإمضائه وبين فسخه ، وهذا يمنع اللزوم طبعاً .

وإذا كان صفة هذا العقد هى عدم اللزوم كما رأينا ، فما حكمه ؟ يرى الأحناف أن البيع بخيار الشرط لا ينقذ فى الحال بالنسبة لمن له الخيار من المتعاقدين ، بل يتوقف على ما يكون من إجازته له أو فسخه . فإن أجازته ظهر أن العقد كان قد انعقد حال وجوده ، أى قبل الإجازة متى كان موضوع العقد قابلاً له ، وإن فسخه ارتفع أو — بعبارة أصح — استمر على عدم انعقاده استصحاباً للحالة الأولى .

والشافعى يوافق الأحناف فى بعض أقواله التى نقلت عنه ، وفى قول آخر يرى أن البيع بخيار الشرط يفيد الملكية للمشتري فى المبيع وللبائع فى الثمن ، إلا أن هذا تملأ على خطر الزوال فقد يزول إذا فسخ العقد من له الخيار ، كما هو الأمر فى خيار العيب بالإجماع وخيار الرؤية على أصل الأحناف أنفسهم^(١) .

إن فى هذا على ما نرى — معشر الأحناف — خطراً على المشتري فى بعض الحالات ، كما إذا كان موضوع العقد رقيقاً قريباً له فإنه يعتق عليه بمجرد وجود العقد فى الحال وفى هذا ضرر عليه ، مع أن الخيار شرع على خلاف القياس لدفع ما قد يكون من غبن وضرر على من اشترطه لنفسه^(٢) . أما إذا قلنا بأن عقد البيع فى هذه الحالة لا يوجب فى الحال حكمه ، لم يعتق على المشتري قريبه إلا إذا اختار إجازة العقد وإمضائه .

٦٧٨ — على أن الأمر يحتاج إلى شئ من التفصيل . فإن الخيار قد يكون لكل من المتبايعين ، وقد يكون للبائع وحده ، وقد يكون للمشتري وحده ، وقد يكون لآخر أجنبى بأن شرطه أحدهما لثالث ، وفى هذه الحالة يكون لهذا «الأخير» الخيار أيضاً كما سبق ذكره^(٣) .

(١) و (٢) البدائع ، ٥ : ٢٦٤ ؛ الزيلعى ، ٤ : ١٦

(٣) راجع فى حكم كل من هذه الحالات ، البدائع ، ٥ : ٢٦٤ — ٢٦٧ ؛ الزيلعى ،

فإن كان لكل منهما ، كان العقد غير منعقد من ناحية حكمه في حقهما معا ؛ أى أنه لا تزول ملكية البائع للمبيع ، ولا ملكية المشتري للثمن ؛ كما لا يدخل المبيع في ملك المشتري ، ولا الثمن في ملك البائع . وذلك كله ، لأن الخيار المانع لحكم العقد ثابت لكل من البائع والمشتري .

وإن كان الخيار للبائع وحده ، كان مانعاً من ثبوت حكمه في حقه ، فلا يزول المبيع عن ملكه ، ولكن ليس للمشتري التصرف فيه فقد يفسخ البائع العقد^(١) ، إلا أن الثمن يخرج عن ملك المشتري لأنه لا خيار له فكان الشراء باتاً في حقه . وفي هذه الحالة لا يدخل الثمن في ملك البائع عند أبي حنيفة حتى لا يجتمع البدلان — المبيع والثمن — في يد واحدة ، وهذا لا يجوز في عقود المبادلة ، كما أن فيه حينئذ عدم التسوية بين البائع والمشتري . على حين يرى الصحابيان أن الثمن في هذه الحالة يخرج عن ملك المشتري إلى ملك البائع ، مادام البيع وقع باتاً بالنسبة له لأنه لم يشترط الخيار لنفسه .

وأخيراً ، إن كان الخيار للمشتري وحده ، كان البيع غير منعقد بالنسبة له من ناحية حكمه ، في حين أنه منعقد من هذه الناحية بالنسبة للبائع . ونتيجة ذلك ، أن الثمن لا يزول طبعاً عن ملك المشتري فقد يفسخ العقد ، لكن المبيع يخرج عن ملك البائع فليس له التصرف فيه ، فقد يُمضى المشتري العقد فيكون له المبيع ، ثم يجيء الخلاف هنا بين الإمام وصاحبيه في دخول المبيع — وقد خرج عن ملك البائع — في ملك المشتري أو عدم دخوله ، وحجة كل من الجانبين ما سبقت الإشارة إليه^(٢) .

(١) وإذا قبضه المشتري وهلك عنده في مدة الخيار ، يهلك بقيمته عليه ، لأنه كان مقبوضاً في يده على سوم العراء وهذا ما يوجب القيمة بالهلاك ، وقد انفسخ البيع طبعاً . ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع أيضاً ، ولا شيء للبائع على المشتري كما في البيع الذي لا خيار فيه : زيلعي ، ١٦ : ٤ .

(٢) وإذا قبض المشتري المبيع ، وهلك في يده مدة الخيار ، هلك عليه بالثمن ، لأن هلاك محل العقد يسقط الخيار في هذه الحالة فيصير المبيع لازماً وحينئذ يجب الثمن على المشتري الذي كان الخيار له . زيلعي ، ١٦ : ٤ .

٦٧٩ — ويترتب على هذا الخلاف بين الإمام وصاحبيه — في الأصل الذي بنى كل من الجانبين عليه رأيه في أن خيار المشتري وحده لا يدخل المبيع في ملكه عنده ، وإن خرج عن ملك البائع الذي لم يشترط لنفسه الخيار ، على حين يدخله في ملك المشتري عندهما مسائل كثيرة . ومن هذه المسائل ، إذا اشترى ذمي من مثله خمرًا أو خنزيرًا على أنه بالخيار ، وقبض المشتري المبيع ثم أسلم بطل البيع عند الإمام لأن المبيع لم يدخل مدة الخيار في ملك المشتري ، والمسلم ممنوع عن تملك الخمر أو الخنزير ولو بإسقاط الخيار في هذه الحالة . وعند الصاحبين لا يبطل البيع ، بل يسقط الخيار ويصير البيع لازماً ؛ لأن المشتري ملك البيع في مدة الخيار وهو ذمي له أن يملك الخمر والخنزير ، وبعد الإسلام ليس له أن يرد البيع لأنه ممنوع عن تملك شيء من ذلك^(١) .

أما إذا أسلم البائع ، وكان الخيار للمشتري كالحالة السابقة ، لا يبطل البيع ويبقى المشتري على خياره بالإجماع بين الإمام وصاحبيه . فإن أجاز البيع صار لازماً ، وعليه الثمن ويملك المبيع ، لأنه ذمي أهل لأن يملك الخمر والخنزير ، وإن رد البيع انفسخ العقد وصار المبيع على ملك البائع ، والمسلم قد يملك الخمر أو الخنزير حكماً كما في حالة الميراث عن مورثه الذمي^(٢) .

٦٨٠ — هذا كله إذا كان الخيار للمشتري . أما إذا كان للبائع وأسلم في مدة الخيار ، بطل الخيار والعقد ؛ لأن خيار البائع يمنع إجماعاً خروج المبيع عن ملكه ، وإسلامه يمنع إخراج الخمر ونحوها عن ملكه . ولو كان الذي أسلم هو المشتري ، لم يبطل العقد وبقي البائع على خياره ، لأن العقد بات من جهة المشتري إذ لا خيار له وحينئذ له إجازة البيع فيتملك المشتري المبيع وهو أهل له ، أي لملك الخمر ونحوها حكماً كما تقدم ، وإن رد البيع انفسخ العقد ، واستمر المبيع ملكاً للبائع ، وهو أهل لملك الخمر والخنزير حكماً وفعلًا^(٣) .

(١) و (٢) راجع في هذا ، البدائع ٥ : ٢٦٦ ؛ الزيلعي ٤ : ١٧

(٣) البدائع ٥ : ٢٦٦ ؛ الزيلعي ٤ : ١٨

٦٨١ - ومن حكم البيع بشرط الخيار ، فضلاً عما تقدم ، أن المبيع إذا كان مما يجوز فيه الشفعة ، وكان الخيار للبائع ، فإن الشريك أو الجار لا يثبت له حق الشفعة لأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع بلا خلاف ما دلم الخيار له . أما إن كان الخيار للمشتري ، فإن الشفيع يثبت له حق الشفعة بلا خلاف أيضاً ، وذلك ظاهر على أصل الصحابين لأن البيع خرج عن ملك البائع ودخل عن ملك المشتري . ولكن على أصل الإمام ، من أن خيار المشتري وحده يخرج المبيع عن ملك البائع دون أن يدخله في ملك المشتري ، يكون للشفيع حق الشفعة أيضاً ؛ لأن حق الشفعة يبنى على زوال ملك البائع ، لا على ثبوت الملك للمشتري^(١) .

هذا عند الأحناف . أما عند الحنابلة فإن الشفيع لا تثبت له الشفعة مادام الخيار قائماً ؛ لأن ملك المبيع وإن كان ينتقل للمشتري ، سواء كان الخيار له أو للبائع أو لهما معاً^(٢) ، إلا أنه ملك ناقص ولهذا لا يباح له التصرف في المبيع مدة الخيار^(٣) فإذا مضت مدة الخيار ولزم البيع ، كان للشفيع حق الشفعة^(٤) .

وبعد ذلك كله ، بم يسقط الخيار ويلزم البيع ؟ والكلام هنا في موضعين : ما يسقط به الخيار إذا كان للبائع ، وما يسقط به إذا كان للمشتري ، على أن النتيجة في كلا الأمرين واحدة وهي لزوم البيع^(٥) .

٦٨٢ - (١) يسقط خيار البائع بأمور كثيرة ، منها إجازة البيع صراحة ، كأن يقول : أجزت البيع أو أوجبته أو أسقطت الخيار ونحو هذا وذاك ، أو دلالة كما إذا تصرف في الثمن بما يفهم منه أنه أسقط خياره وأجاز البيع . وذلك كما إذا كان

(١) البدائع ، ٢٦٦ : ٥٠

(٢) كشف القناع ، ٢٠ : ٥٠

(٣) إلا إن كان الخيار للمشتري وحده ، فإن تصرفه في المبيع يكون نافذاً ، وبه يبطل خياره

ويلزم البيع . كشف القناع ، ٢٠ : ٥٢

(٤) المصدر نفسه ، ٢٠ : ٥١

(٥) البدائع ، ٢٦٧ : ٥٠ - ٢٦٩ . وانظر أيضاً ، فيما يختص بسقوط خيار البائع

والمشتري ، أي من له الخيار مطلقاً ، الزيلعي ، ٤٠ : ١٨ - ١٩

التمن عيناً فباعه البائع أو وهبه مثلاً ، أو دينا في ذمة المشتري فساومه على شراء شيء به منه أو أبرأه منه أو وهبه له ، فكل هذا ونحوه دليل أنه اختار لزوم البيع .

وكذلك يسقط الخيار بمضى مدته دون اختياره فسخ العقد^(١) ؛ وموت البائع نفسه ، لأن هذا الخيار لا يورث عندنا خلافاً للشافعي الذي يرى قيام مورثه مقامه في الإجازة والفسخ حسب ما يريد ، لأن الوارث يخلف المورث في كل ما ترك من مال وحقوق ومن هذه حق الخيار^(٢) . وإجازة أحد المتبايعين إذا شرط كل منهما لنفسه الخيار ، ولو أجاز أحدهما سقط خيار الآخر أيضاً ولزم البيع عند أبي حنيفة ، وعند الصاحبين يبقى هذا على خياره فله حق الفسخ بعد إجازة صاحبه .

٦٨٣ — ب) وخيار المشتري يسقط بما يسقط به خيار البائع^(٣) ، وبذلك يلزم البيع . وكذلك يسقط بهلاك المبيع ، بعد أن قبضه ، أو تعيبه عيباً لا يقبل الارتفاع ويمنع الرد ولو كان يسيراً . وسواء أكان حدوث العيب بسببه ، أم بسبب من البائع ، أم بأفة سماوية ، أم بفعل أجنبي عن العقد ؛ لأن كل ذلك يمنع رد المبيع^(٤) ، وحينئذ لا معنى لبقاء الخيار الذي يجيز له الفسخ ورد المبيع .

(١) في المدونة في مذهب مالك ، أن من اشترى سلعة بشرط الخيار فلم يختر في المدة ، تلزم من م في يده من بائع أو مبتاع ولا خيار للآخر فيها ؛ التاج والإكليل ، ٤١٦ : ٤ .
(٢) الزيلعي ، ٤٨ : ١٨ . ونحن لانرى معنى لعدم وراثته خيار الشرط عند الأحناف ، في حين أجمع الفقهاء — ومنهم الأحناف — على وراثته خيار التعيين كما سبق وخيار العيب على ماسيجي . وقد صار للورثة ملك ما اشترى مورثهم بشرط الخيار وعليهم دفع ثمنه ؛ فحجة الشافعية ومن ذهب مذهبهم أقوى . ورأيهم فيما نرى أحق بالاتباع . أنظر في وراثته خيار الشرط عند الشافعية ، نهاية المحتاج ٣ : ٩٤ ، فقيه : ٥ ولومات العاقد انتقل لوارثه ، إلا أن يكون ولياً فللحاكم كما لا يخفى ، أو وكلاً فلموكله . وانظر عند المالكية ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ، ٤٨ : ٢١١ ؛ ففيهما أن لورثة البائع أو المشتري ما كان لمورثهم من الخيار ، لأنه حق له فيورث عنه .

(٣) من مضى المدة ، وموت من له الخيار عند الأحناف ، وإجازة البائع عند أبي حنيفة دون صاحبه ، وإسقاطه الخيار صراحة أو دلالة بتصرفه في المبيع تصرف المالك (البدائع ، ٢٦٨ : ٢٦٩) . وفي كشف القناع ، ٢ : ٥٢ — ٥٣ ، أن التصرف في البدلين باطل ، ويعتبر إمضاء البيع وانظر مواهب الجليل والتاج والإكليل ، ٤٨ : ٤٢٠ ، في محل يعتبر بيع المشتري لما اشتراه اختياراً منه للعراء الأول ، أولاً ؟

(٤) لأن شرط الرد « هو أن يكون ما قبض كما قبض » ، البدائع ، ٢٦٩ : ٥ .

ويبطل خيار المشتري أيضاً إذا طلب الأخذ بالشفعة لما بيع بجوار ما اشتراه بشرط الخيار ؛ لأن الإنسان لا يطلب الأخذ بالشفعة إلا بما يملك ، فكان هذا دليل إسقاطه خياره وتقريره إجازة البيع ولزومه^(١) .

٦٨٤ — ويتبين مما تقدم ، أن الخيار إذا كان للبائع والمشتري معا يسقط من أحدهما بما يسقط به لو كان الخيار له وحده ؛ فإذا أجاز أحدهما العقد صار باتاً من ناحيته ، وبقي الآخر على خياره فله أن يميزه أيضاً وأن يفسخه . أما إذا اختار أحدهما فسخ العقد ، صراحة أو دلالة ، فقد انفسخ فعلاً ، وإذا ليس للآخر أن يميزه لأنه أصبح غير موجود حتى يمكن أن تلحقه الإجازة . وكذلك إن أجاز أحدهما وفسخ الآخر ، صار العقد مفسوخاً ، ولو كان الذي أجاز تقدم بالإجازة زمناً قبل صاحبه ؛ والسبب ما تقدم ، وهو أن العقد المجاز يحتمل الفسخ من الذي له الخيار لأنه قائم فعلاً ، وأما العقد الذي انفسخ فلا يمكن أن تدركه الإجازة لأنه صار باطلاً لا وجود له^(٢) .

هذا ، فيما يسقط به الخيار ويلزم البيع . أما في انفساخ العقد ، فالكلام يقتضى بيان ما ينفسخ به ، ثم في الشروط التي بها يجوز الفسخ ويقع صحيحاً^(٣) .

٦٨٥ — (١) ينفسخ البيع باختيار من له الخيار فسخه صراحة أو دلالة ، سواء أكان الخيار لكل من المتبايعين أم لأحدهما أم لأجنبي ، ولا يشترط للفسخ رضا الآخر ولا قضاء القاضي به ، لأن القامخ استعمل حقه الذي شرطه لنفسه برضاء الآخر سلفاً به ، ومثل ذلك الفسخ بخيار التعيين والرؤية .

(١) الزيلعي ، ج ٤ : ١٩ . وهذا التدليل يحتاج إليه على أصل أبي حنيفة الذي يقول بأن خيار المشتري وحده لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ؛ ولكن لا يدخله في ملك المشتري . وأما على أصل الصحابين ، الذي يقول بأنه يدخله في ملك المشتري ، فلا حاجة له لأنه ملك المشفوع به بمجرد الشراء ، ولكن كان له حق الفسخ بخياره ، فأخذه بالشفعة دليل على إسقاط الخيار . وانظر في حدوث الفسخ والإجازة ، صراحة أو دلالة ، عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، ج ٣ : ٩٩ — ١٠١ .

(٢) البدائع ، ج ٥ : ٢٧١ .

(٣) يرجع في هذا إلى البدائع ، ج ٥ : ٢٧١ — ٢٧٣ .

ومن الفسخ دلالة أن يتصرف البائع ، إن كان له الخيار ، في المبيع تصرف الملاك ؛ أو أن يتصرف المشتري ، إن كان الخيار له ، في الثمن العيني تصرف الملاك أيضاً .

وكما يفسخ البيع بفعل اختياري ممن له الخيار ، قد يفسخ بفعل اضطراري لا إرادة لأحد المتعاقدين فيه ، وذلك مثل هلاك المبيع . إذا هلك المبيع قبل القبض بطل البيع ، سواء كان الخيار للمتبايعين أم أحدهما^(١) . وكذلك إذا هلك بعد القبض وكان الخيار للبائع ، وحينئذ يلزم المشتري قيمته إن كان قيمياً أو مثله إن كان مثلياً ، وذلك ضرورة لأن العقد أصبح لا يحتمل الإجازة بعد ذهاب محله أو موضوعه . أما إن كان الخيار للمشتري ، ثم هلك المبيع بعد أن صار في يده ، فإن البيع لا يفسخ ويبطل ، بل يسقط الخيار فقط ويلزم البيع وعليه الثمن . وهذا واضح على أصل الصاحبين لأن المبيع في هذه الحالة — حالة أن الخيار للمشتري وحده — خرج من ملك البائع ودخل في ملك المشتري بالعقد ، وإذا فقد صار الثمن عليه مقررراً واجباً . وأما على أصل أبي حنيفة ، فلأن المشتري وإن لم يملك بالعقد المبيع ولكن حدث في يده ما يمنع رده ، فعليه ، لذلك ، الثمن بهلاكه^(٢) .

٦٨٦ — ب) بقى شرائط جواز الفسخ . ومنها ، أن يكون في مدة الخيار ، لأن البيع يلزم بمضى المدة بلافسخ ممن له الخيار . ومنها ، علم الطرف الآخر به في مدة الخيار ، وإلا لزم البيع ؛ وإذا ، يكون الفسخ موقوفاً ، فإن علم به صاحبه أثناء المدة انفسخ العقد ، وإلا لزم^(٣) .

(١) لأن البيع لو كان باتاً لا خيار فيه لبطل ، فبالأولى إذا كان فيه خيار الشرط لأنه أضعف منه ، البدائع ، ٢٧٢ : ٥ .

(٢) البدائع ، ٢٧٢ : ٥ ؛ فتح القدير ، ١١٧ : ٥ .

(٣) هذا عند الطرفين وقول لأبي يوسف ، وفي قوله الآخر أنه لا يشترط علم صاحبه به ، مع الإجماع على أنه يشترط علم الطرف الآخر في عزل الموكل وكيله وفسخ أحد العريكين الشركة ، ونهى رب المال المضارب عن التصرف . البدائع ، ٢٧٣ : ٥ . وفي الزيلعي (١٨ : ٤) أن من له الخيار يصح أن يميز بغيبة صاحبه ، لا أن يفسخ عند الطرفين ، وعند أبي يوسف له ذلك =

٦٨٧ — ذلك ، وخيار الشرط لا يثبت في كل عقد ، بل في بعضها فقط . إن من العقود ما لا يحتمل الفسخ بمجال ، كما يقول جمهور الفقهاء ، مثل الزواج والطلاق والعق ، وهذه لا تقبل أن يكون فيها خيار الشرط الذي يميز لمن شرط له فسخ العقد^(١) .

وهناك طائفة أخرى من العقود هي بطبيعتها غير لازمة ، فلا معنى لاشتراط الخيار فيها ما دام لكل من العاقدین حق فسخها متى أراد ، مثل الوكالة والوديعة والتعارية . فلكل من الموكل والوكيل ، والمودع والمودع لديه ، والمعيّر والمستعير ، حق فسخ العقد متى أراد بغير رضا صاحبه .

وهناك أخيراً ، عقود تقبل الفسخ ولكنها لازمة بطبيعتها ؛ وهذه هي التي يصح فيها خيار الشرط ، ليكون لمن يشترطه لنفسه حق إمضاء العقد أو فسخه . وهذه العقود كثيرة ؛ منها البيع ، والإجارة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والمضاربة وسائر أنواع الشركات ، والقسمة ، والحوالة ، والرهن إذ يجوز فيه اشتراط الخيار للراهن لا للمرتهن للزوم العقد بالنسبة للأول لا للثاني ، والكفالة^(٢) .

= أيضاً كالإجازة . والحنابلة كأبي يوسف لا يشترطون علم الطرف الآخر في الفسخ أيضاً . فني كشف القناع ، ٢ : ٤٩ : « ولمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه ؛ لأن الفسخ على حل عقد جعل إليه ، فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه كالطلاق » . وانظر في هذا الخلاف ، عند الأحناف ، أيضاً فتح القدير ، ٥ : ١٢٠ — ١٢٣ ؛ جامع الفصولين ١ : ٢٤٢ .

(١) وهنا نلاحظ أن ابن تيمية بخاصة من الحنابلة يميز فسخ الزواج بسبب فوات شرط يصح أن يكون مطلوباً في الزوج أو الزوجة ، كذلك الزواج بفسخ إجماعاً بالردة ؛ ولهذا أجاز في الخلع — وهو طلاق على مال — أن تشترط المرأة الخيار لنفسها ، وكذلك الأمر في العتق على مال يجوز للعبد اشتراط الخيار لنفسه أيضاً .

(٢) يرجع ، في بيان ما يجوز اشتراط خيار الشرط فيه وما لا يجوز ، مع تعليل كل حالة من ذلك ، إلى الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ٥ : ٥٠ — ٥١ ؛ جامع الفصولين ، ١ : ٢٣٧ وما بعدها ؛ المغني لابن قدامة ، ٣ : ٥٩٤ — ٥٩٥ .

خيار الرؤية

٦٨٨ — قلنا إن الخيارات على نوعين : نوع يثبت باشتراط المتعاقدين ، وهو خيار التعيين وخيار الشرط والعيب ، ونوع يثبت من ناحية الشرع — وإن لم يشترطه المتعاقدان — وهو خيار الرؤية . ولهذا التفرقة ، من ناحية الثبوت ، أثرها كما سنرى قريباً .

والسكلام في خيار الرؤية يتطلب : بيان شرعية البيع الذي فيه هذا الخيار ، بيان صفته وحكمه ، بيان شرائط ثبوته ووقته ، ما يسقط به الخيار بعد ثبوته فيصير البيع لازماً ، وما يفسخ به العقد فلا يلزم البيع .

٦٨٩ (١) يجوز شراء ما لم ير الإنسان ، وله أن يرده متى رآه وإن رضى به قبل الرؤية ، وهذا متفق عليه في مذهب الأحناف حتى جرت عليه المتون . أما لو باع شخص شيئاً يملكه دون أن يراه ، كما إذا ورث عيناً من الأعيان في بلد غير الذي هو فيه ، فلا خيار له ، وقد رجع أبو حنيفة عما كان يقول من أن له الخيار كما للمشتري وكما هو الأمر في خيار الشرط وخيار العيب ^(١) .

وقد روى في ذلك أن عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضاً له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله ، فقيل لطلحة : إنك قد غبت ، فقال : لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره . وقيل لعثمان : إنك قد غبت ، فقال : لى الخيار لأنى بعت ما لم أره . فحكما بينهما جُبِيز بن مُطِيع ، ففضى بالخيار لطلحة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير تكير فكان إجماعاً ^(٢) .

والتفرقة بين البائع والمشتري هنا أمر معقول ، لأن من المسلم أن البائع يعرف ما يبيعه أكثر جداً من المشتري ، فلا ضرورة لثبوت الخيار له وعليه أن يتثبت قبل البيع حتى لا يقع عليه غبن يطلب من أجله فسخ العقد .

(١) فللبائع في خيار العيب أن يرد الثمن بالزيادة كما في فتح القدير ، وإن كان ذلك لا يفسخ البيع ، على حين أن رد المشتري المبيع بالعيب يفسخ البيع للأصالة في العقد . حاشية الشلبى على الزيلعى ٢٥ : ٤٠ .

(٢) الزيلعى ، ٢٥ : ٤٠ ؛ البدائع ، ٢٩٢ : ٥٠ .

٦٩٠ — هذا عند الأحناف . أما الشافعي فذهب إلى أن البيع ، في حالة عدم رؤية المبيع ، غير جائز قولاً واحداً ، لأن موضوع العقد حينئذ يكون مجهولاً ؛ ولأن الرسول نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، أي ما ليس موجوداً عند البائع وصرياً للمشتري^(١) .

ويقول الأحناف في هذا ، بأن هذه الجمالة لا تؤدي للنزاع مطلقاً ، ما دام للمشتري أن يرد المبيع إذا لم يره محققاً لرغبته وينسخ العقد ، وبخاصة وقد ورد أن الرسول قال : من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه . أما نهى الرسول عن بيع ما ليس عند الإنسان ، فمعناه النهى عن بيع ما لا يملك بدليل مَوْرِد الحديث ؛ فإن حكيم بن حزام سأل الرسول عن الرجل يطلب منه سلعة ليست عنده ، فيبيعها له ثم يذهب للسوق فيشتريها ويسلمها له ، فقال الرسول عليه السلام : لا تبع ما ليس عندك ، أي ما لا تملك^(٢) .

٦٩١ — (ب) يتبين من كل هذا الذي سبق ، أن صفة هذا العقد ، أي شراء ما لم يره المشتري ، أنه غير لازم ، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة ، ولأن جهالة وصف المبيع يؤثر في رضا المشتري فيوجب الخيار له تداركاً لما عساه يندم من أجله . وإذا كان العقد على ما لم يره المشتري غير لازم فله رده إذا رآه كما عرفنا ، فإن حكمه مع هذا هو حكم العقد الذي لا خيار فيه ، بمعنى أنه في البيع تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري وملكية الثمن للبائع ، وهذا كله في الحال فور تمام العقد بالإيجاب والقبول .

ذلك بأن البيع هنا صدر مطلقاً غير مقيد بأي شرط ، وكان المفهوم أن يكون

(١ ، ٢) الزيلعي ، ٤ : ٢٤ — ٢٥ . والمالكية والحنابلة ، كالشافعية ، لا يرون خيار الرؤية . راجع عند المالكية مواهب الجليل ، ٤ : ٤٠٩ ، والتاج والإكليل الموضع نفسه ففيهما أن الخيار نوعان : خيار التروى ، وخيار النقيصة ، أي الشرط والعيب . وراجع عند الحنابلة كشف القناع ٢ : ٤٤ وما بعدها ، فقد جعل الخيارات ثمانية أقسام ، ولم يعد خيار الرؤية من بينها . طى أن الشافعي وابن حنبل في بعض ما روى عنهما ، يثبتانه .

لازما ، إلا أن الرد بخيار العيب ثبت من جهة الشارع . أما خيار الشرط فقد ثبت باشتراط المتعاقدين ، فكان لذلك أثره في العقد بمنع استقرار حكمه في الحال على ما مر بيانه .

٦٩٢ — (ح) ولثبت خيار الرؤية شروط بدونها يكون العقد لازما بلا خيار ومن هذه الشروط أن يكون موضوع العقد مما يتعين بالتعيين ، أى أن يكون عينا من الأعيان ؛ حتى لو كان البيع مقايضة عينا بعين ، كان الخيار ثابتا للبائع والمشتري على السواء مادام كل منهما لم ير المبيع والمشتري قبل العقد .

ذلك ، بأن موضوع العقد إذا لم يكن معينا للعقد ، لا يصير معينا للفسخ ، فلم يكن الرد مفيدا . ولأن مالا يتعين بالتعيين ، لا يملك بالعقد بل بالتقبض ، والفسخ إنما يكون فيما يملك بالعقد . ويتصل بهذا ، أن خيار الرؤية يكون في العقود التي تحمل الفسخ كالبيع والإجارة ، والصلح عن دعوى المال والقسمة ، ولا يثبت فيها لا يحتمل الفسخ كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد . « فصار الأصل أن كل ما يفسخ فيه العقد برده يثبت فيه خيار الرؤية ، ومالا فلا » ، كما يقول الكاساني^(١) .

ومن الشروط عدم رؤية موضوع العقد ، فإن كان رآه قبل الشراء — دون حالة عقد العقد — لا يثبت له الخيار إذا كان لا يزال على حالته التي رآه فيها ، وإلا كان له الخيار لتغيره فكان مشتريا شيئا لم يره^(٢) .

٦٩٣ — وفي الرؤية لموضوع العقد ، يكفي رؤية ما يدل على المقصود ويفيد المعرفة به . فيكفي إذا رؤية ظاهر الكومة من الحبوب ، ووجه الدابة وكفلها ، وظاهر الثوب وهو مطوى ، وبعض المبيع إذا كان أشياء لا تتفاوت آحادها كالسكيل والموزون ، وفي الدار لا بد من رؤية ظاهرها وداخلها ، وهكذا . والمهم

(١) البدائع ، ٥ : ٢٩٢ .

(٢) البدائع ٥ : ٢٩٢ — ٢٩٣ .

هو معرفة موضوع العقد معرفة بينة ، برؤيته كله أو بعضه إذا كان البعض عنواناً للكل ويدل عليه ، كما في الخضر والفاكهة الباطنة في الأرض^(١) .

وإذا وكل المشتري آخر بقبض ما اشتراه قبل رؤيته ، قامت رؤية الوكيل مقام رؤية الموكل فيسقط خياره عند أبي حنيفة ، وقال الصحابيان بأن نظر الوكيل ليس كنظر الموكل . فلماذا يبقى الخيار له بعد رؤيته بنفسه ، لأنه وكله بالقبض لا بإسقاط الخيار ، والأمر هنا كخيار الشرط والعيب . وأبو حنيفة يرى أنه لا فرق بين الوكيل بقبض الشيء المشتري ، وبين الوكيل بالشراء ، ورؤية هذا كافية عن رؤية الموكل وبها يسقط الخيار إجماعاً^(٢) .

هذا إذا كان المشتري بصيراً . أما إذا كان أعمى ، فإن عقده يصح طبعاً ، ويسقط خياره بما يفيد معرفته قبل العقد بالمبيع ، وهذا مثل الجسّ والشم والذوق فيما يعرف بذلك ، ومثل الوصف للعقار ونحوه . وربما كان الأفضل ، كما يرى بعض الفقهاء ، أن يوكل وكيلاً بقبضه له وهو يراه ، فهذا أحوط له وأدق في المعرفة بموضوع العقد^(٣) .

٦٩٤ — ووقت ثبوت هذا الخيار هو وقت الرؤية ، لا قبلها ؛ ومن ثم ، لو أجاز من له الخيار العقد قبل رؤية محله ولو كانت الإجازة صراحة ، يبقى له الخيار في رده بعد أن يراه . وذلك لأن الشارع جعل له الخيار بعد الرؤية ، فلو أجاز قبلها لم يثبت له الخيار قبلها ، ثم هذا الخيار ثبت شرعاً لجهالة صفة المعقود عليه ضماناً لرضا المتعاقدين ، والرضا بالشيء قبل العلم به ومعرفته — التي لن تكون على أتمها إلا بالرؤية — محال^(٤) .

(١) الزيلعي ، ٢٦ : ٤ ح — ٢٧ : البدائع ، ٢٩٣ : ٥ ح — ٢٩٤ ، ٢٩٧ — ٢٩٨ .

(٢) البدائع ، ٢٩٥ : ٥ ح — ٢٩٦ : الزيلعي ، ٢٨ : ٤ ح .

(٣) الزيلعي ، ٢٨ : ٤ ح — ٢٩ : البدائع ، ٢٩٣ : ٥ ح .

(٤) البدائع ، ٢٩٥ : ٥ ح — الزيلعي ، ٢٥ : ٤ ح . وهنا نلاحظ أن القانون المدني

(مادة ١٩٤) أوجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ، ويكون هذا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه . فإذا تم هذا سقط حق المشتري في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا ثبت تدليس البائع . وذلك ما يفهم أيضاً بصحة عقد الأعمى وسقوط خياره إذا عرف قبل العقد موضوعه بما يمكن معرفته تماماً به .

ثم هذا الخيار ، بعد رؤية موضوع العقد ، يبقى لمن هو له دائماً حتى يوجد منه ما يبطله ولو استمر طول العمر . ونعتقد أن في هذا حرجاً وضرراً للطرف الآخر ولهذا ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يبقى إلا فترة يتمكن فيها من فسخ العقد ، فإذا لم يفعل سقط الخيار لأن ذلك يعتبر دليلاً لرضاه وإجازته العقد ^(١) .

٦٩٥ — (د) ويسقط خيار الرؤية ، لمن ثبت له ، بما يسقط به خيار الشرط وقد سبق بيانه وحينئذ يلزم البيع وإذن فيبطل الخيار بالإجازة صراحة وإن لم يعلم البائع ، ما دام عدم اللزوم كان لحق من له الخيار وقد أسقطه . وكذلك يسقط الخيار بأى تصرف يدل على الرضا بعد الرؤية ، بقبضه المبيع أو تقطيعه أو صبغه إن كان ثوباً ، أو زرعها وغرسها وبنائها إن كان أرضاً ، أو رهنه وتسليمه للمرتهن ، أو هبته وتسليمه للموهوب له ، أو بيعه ولو بشرط الخيار لنفسه على الصحيح ، أو بيعه أو عرضه للبيع ، أو تعيبه في يده بما يمنع رده ، أو تصرفه فيه أى تصرف آخر لا يمكن رفعه كإعتاقه أو تديره إن كان رقيقاً ، وهكذا إلى غير هذا كله من التصرفات التى فيها دلالة على الرضا وإجازة العقد نهائياً ^(٢) .

وكذلك يسقط الخيار ويلزم العقد أيضاً ، ببعض الأفعال الضرورية لا الاختيارية ، مثل موت المشتري عندنا — معشر الأحناف — خلافاً للشافعى ، وإجازة الشريك من شريكين اشتريا شيئاً ولم يرياه عند أبى حنيفة ، وبهلاك المبيع كله أو بعضه ، وزيادته زيادة منفصلة أو متصلة متولدة منه أو غير متولدة ^(٣) .

٦٩٦ — « والأصل ، كما يقول علاء الدين الكاسانى ، أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية . إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح

== ثم ، إذا كانت الإجازة قبل الرؤية لقيمة لها ، فهل كذلك الفسخ ؟ خلاف بين الفقهاء ، والصحيح جوازه ؛ لأن العقد الذى فيه خيار الرؤية عقد غير لازم ، فهو محل للفسخ كالعقد الذى فيه خيار العيب وعقد الإجارة والإيداع . البدائع ، ٢٩٥ : ٥٠٠

(١) (المرجع السابق)

(٢) الزيلعى ، ٤٠ : ٢٥ — ٢٦ ؛ البدائع ، ٢٩٥ : ٢٩٢

(٣) كل ذلك على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى تقدم فى خيار الشرط ، والذى يأتى أيضاً فى خيار العيب .

الإسقاط ، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها ، لأن خيار الرؤية ثبت شرعاً حقاً لله تعالى ، فلا يسقط بإسقاط المتعاقد قصداً ، وخيار الشرط والعيب ثابتان باشتراط المتعاقدين ، فكان لمن ثبت له خيار منهما إسقاطه قصداً متى أراد لأنه حقه . وثبوت خيار الشرط والعيب باشتراط المتعاقدين واضح بالنسبة للأول لأنه ينص عليه في العقد ، وبالنسبة للثاني هو مشروط في العقد دلالة باشتراط السلامة من العيب دلالة أيضاً ، « والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص » على ما هو مقرر ومعروف^(١) .

ومن أجل أن خيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط أو الرضا الصريح ، فهو لا يسقط بالأولى بالرضا دلالة قبل الرؤية ، كالأخذ بالشفعة بسبب العقار الذي اشتراه قبل رؤيته ، فإن طلب الشفعة هذا لا يسقط خيار الرؤية وإن كان يسقط خيار الشرط^(٢) .

٦٩٧ — هـ) بقى أن نعرف بم ينفسخ العقد بهذا الخيار وشرائطه . ينفسخ العقد ، بسبب خيار الرؤية ، بالتصريح بالنفسخ وما يجري مجراه ، وبهلاك المبيع قبل القبض لذهاب ركن البيع^(٣) .

ويشترط لصحة الفسخ أن يكون الخيار قائماً ؛ لأنه إذا سقط بشيء مما تقدم ونحوه ، صار العقد لازماً فلا يحتمل النقض بالفسخ . ومنها ألا يترتب عليه تفريق الصفقة على البائع برد بعض المبيع وإجازة العقد في البعض ؛ لأن في ذلك ضرراً عليه ، والفسخ وإن كان حقاً شرعاً للمشتري إلا أنه يجب تفادي ضرر الطرف الآخر ؛ ولأن خيار الرؤية — قبل القبض وبعده — يمنع تمام الصفقة ، وتجزئتها قبل تمامها باطل بلا ريب . ومنها وجوب علم البائع بالفسخ ، ليكون على بينة من أمره وأمر سلعته ليتصرف فيها كما يريد ، وهذا عند الطرفين دون أبي يوسف الذي لا يشترط علم البائع ، على ما تقدم بيانه في خيار الشرط ، كما تقدم أن إجازة من

(١) البدائع ، ٥ : ٢٩٧

(٢) البدائع ، ٥ : ٢٩٧ ؛ الزيلعي ، ٤ : ١٩

(٣) البدائع ، ٥ : ٢٩٨

له خيار الرؤية لا تتطلب اتفاقاً علم الطرف الآخر لأنه تصرف في حقه الثابت له شرعاً^(١).
على أن اشتراط علم البائع بالفسخ عند الطرفين ، لا يعنى اشتراطهما رضا
البائع أو قضاء القاضي به ، سواء كان ذلك قبل القبض أم بعده ، وذلك بالاتفاق .
بخلاف خيار العيب على ما سيجيء بيانه ، إذ يشترط بالفسخ بالعيب علم البائع
اتفاقاً أيضاً^(٢) .

٦٩٨ — وأخيراً ، نذكر أن خيار الرؤية لا يورث ، كما لا يورث خيار الشرط ،
إذا مات المشتري مثلاً بعد ثبوت الخيار له وقبل أن يختار . وعلى الزيلعي هذا بأن
« الخيار ثبت بالنص للعاقدة ، والوارث ليس بعاقدة فلا يثبت له ، ولأن الخيار وصف
له فلا يجري فيه الإرث^(٣) » .

وهنا نلاحظ أن الشافعي يرى أنه يورث ، مثل خيار التعيين والعيب ؛
« لأن الإرث كما يثبت في الأملاك ، يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع^(٤) » . ونحن
نميل إلى رأي الشافعي لما سبق أن ذكرناه في الكلام على خيار الشرط ، إذ نرى
أيضاً أنه يجري فيه الإرث ممن اشترطه لنفسه والمهم من تلك الملاحظة ، أن كلام
الشافعي في وراثة خيار الرؤية يدل على أنه يراه ويثبت في بعض ما نقل عنه .

خيار العيب

٦٩٩ — هذا هو النوع من الخيار الثابت بشرط المتعاقدين دلالة ؛ لأن سلامة
موضوع العقد مطلوبة للعاقدة وإن لم ينص عليها صراحة في العقد ، فصارت كأنها
مشروطة فيه ، ومن ثم شرع هذا الخيار الذي يوجب للمشتري — في عقد البيع —
رد المبيع إذا وجد به عيباً له خطره لا يتسامح فيه عادة ، ولا خلاف في ذلك بين
الفقهاء في الشريعة الإسلامية جميعاً^(٥) .

(١) و (٢) البدائع ، ٥ : ٢٩٨ — ٢٩٩ ، ٢٧٣ . الزيلعي ، ٤ : ٢٩ .

(٣) شرح الزيلعي ، ٤ : ٣٠ (٤) البدائع ، ٥ : ٢٦٨ .

(٥) انظر عند الحنابلة ، كشف القناع ، ٢ : ٥٨ وما بعدها ؛ وعند الشافعية ، نهاية
المحتاج ، ٣ : ١٠١ وما بعدها ؛ وعند المالكية ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ، ٤ :
٤٢٨ وما بعدها .

ولهذا ، لا يحل لأحد أن يبيع سلعة بها عيب دون بيانه للمشتري ، وفيه يقول الرسول عليه السلام : « لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له » .
ومرّ صلى الله عليه وسلم ، كما روى مسلم وغيره ، برجل يبيع طعاما ، فأدخل يده فيه فإذا به مبلول فقال : « من غشنا فليس منا ^(١) » .

٧٠٠ — والكلام هنا يتطلب — كما يذكر الكاساني — بيان حكم هذا البيع ، وتعريف العيب الذي يوجب الخيار ، وشرائط ثبوت الخيار ، وكيفية الرد والفسخ بالعيب متى ثبت ، ومن تلزمه الخصومة في العيب ومن لا تلزمه ، وما يمنع الرد بالعيب وما يسقط به الخيار بعد ثبوته فيلزم البيع ، والرجوع أو عدم الرجوع بنقصان العيب .

٧٠١ — (أ) حكم البيع الذي يوجب خيار العيب للمشتري ، ثبوت ملك المشتري له ببيع وملك البائع للثمن في الحال ، إلا أنه ملك غير لازم حتى يمكن للمشتري فسخ العقد إن وجد بالمشتري عيبا يبيع له رده بسببه « لأن السيلامة شرط في العقد دلالة ؛ فما لم يسلم المبيع ، لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه ^(٢) » .

وذلك ، لأن الرضا شرط صحة البيع ، كما هو شرط صحة كل عقد وتصرف إلا بعض المستثنيات القليلة على ما عرفنا من قبل ، وفي هذا يقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . ويترتب على هذا الأصل أن عدم الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه ، إثباتا للحكم على قدر الدليل .

٧٠٢ — (ب) وليس كل عيب يوجب الخيار للمشتري ، بل هناك عيوب توجبها وأخرى لا تجعل له هذا الحق في رد البيع وفسخ العقد . والضابط في هذا هو

(١) الزيلعي ، ٤٨ : ٣١ ، وقد روى هذا الحديث الإمام مسلم وغيره .

(٢) البدائع ، ٥٢ : ٢٧٤

أن ما أوجب نقصان الثمن عند التجار يعتبر عيباً^(١) ، وبه يثبت للمشتري الخيار بين رد المبيع وفسخ العقد ، أو إمساك المبيع بكل الثمن^(٢) ، لأن الضرر هو بنقصان قيمة المبيع مالياً في عرف التجار ، وسواء في ذلك أكان النقصان يسيراً أم فاحشاً^(٣) . مثل الجراح والنقور في الدابة ، والعمى والعور في الحيوان عامة ، والشروخ في الأواني ، والصّدع في الحوائط ، وانشغال الأرض بالزراع أو الغرس ، والجار السوء^(٤) .

٧٠٣ — ح) ولثبت الخيار بالعيب شروط ؛ منها ، ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم ، حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار ، لأن السلعة حصلت في يد المشتري سليمة ، وهذا هو المطلوب له المشروط بالعقد دلالة^(٥) . ومنها ، أن يثبت العيب أيضاً عند المشتري بعد أن قبض المبيع ، على تفصيل في بعض العيوب (الإباق ، السرقة ، الجنون) التي لا يشترط ثبوتها أيضاً عند المشتري في رأى بعض الفقهاء ؛ لأن ظهورها لدى البائع دليل بقائها وإن لم تظهر ، لأنها لازمة عادة ؛ وأما غيرها فمحتملة الزوال ، فلا بد من ظهورها لدى المشتري أيضاً ليكون له حق الرد بالعيب الذي يظهر عنده^(٦) .

(١) عرف المالكية هذا العيب بما العادة السلامة منه ؛ مواهب الجليل ، التاج والإكليل ، ح ٤ : ٢٨ — ٤٢٩ . وهو عند الشافعية ، كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح . نهاية المحتاج ح ٣ : ١٠٨ . وعند الحنابلة ، هو نقص عين المبيع تخصاً ، ولو لم تنقص به القيمة بل زادت ، أو نقص قيمته عادة في عرف التجار وإن لم تنقص عينه ؛ وفي الترغيب وغيره ، العيب نقيصة يقتضى العرف سلامة المبيع عنها غالباً . كشف القناع ، ح ٢ : ٥٨ .

ولعل الأمر متقارب في ضابط العيب ، الذي يوجب الخيار ، عند فقهاء المذاهب كلها ، وإن كنا نرى أن الضابط عند الحنابلة أدق وأوفى .

(٢) يميز الحنابلة في هذه الحالة إمساك المبيع مع أخذ قيمة ما نقصه العيب ، كشف القناع ، ح ٢ : ٦٠ ؛ الشرح الكبير ، ح ٤ : ٨٧ .

وفي مواهب الجليل أن المشتري ، في العيب الوسط فوق اليسير ودون الفاحش ، يرجع بنصيبه من الثمن ، ح ٤ : ٤٣٤ — ٤٣٥ .

(٣) البدائع الموضع نفسه ؛ الزيلعي ، ح ٤ : ٣١ .

(٤) كشف القناع ، ح ٢ : ٥٩ .

(٥) البدائع ، ح ٥ : ٢٧٥ — ٢٧٦ ؛ نهاية المحتاج ، ح ٣ : ١٠٨ .

(٦) ومن المفهوم طبعاً أن زوال العيب يسقط الخيار والرد ، إذ هو السبب في ثبوت الخيار =

٧٠٤ — ومن الشروط أيضاً ، جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض فإن كان عالماً به في حالة من هاتين الحالتين ثم أقدم على العقد أو القبض ، كان راضياً بالعيب دلالة ، فلا خيار له .

ومنها ، أن يشتري دون أن يشترط البائع البراءة من كل عيب ، حق لو اشترط ذلك فلا خيار للمشتري حينئذ ؛ لأن شرط البراءة عند الأحناف صحيح ، فإذا أبرأ المشتري يكون أسقط حقه في الخيار^(١) .

والبراءة من كل عيب تصح وإن لم يسم جميع العيوب عندنا ، ويرى الشافعي أنها لا تصح إلا أن يعدّ العيوب التي يبرأ للمشتري منها . إنه يرى أن الإبراء من الجهول لا يصح كبيعه ، لما فيه من معنى التملك ، ونحن نرى أن هذه الجهالة لا تؤدي للنزاع وهو السبب لعدم الصحة ، بل إن هذه البراءة تقطع النزاع إذ تسقط الخيار وعقابه^(٢) .

٧٠٥ — (د) ومتى ثبت العيب ، والمبيع لا يزال في يد البائع ، يتم فسخ العقد بقول المشتري رددت دون حاجة إلى رضا البائع أو قضاء القاضي ، وذلك بلا خلاف بين الفقهاء ، وكذلك عند الشافعي ولو كان المشتري قبض المبيع^(٣) . أما عندنا

والرد للمشتري ، وبهذا تصرح المتون والصروح عند المالكية . ففي مواهب الجليل والتاج والإكليل ٤ : ٤٤٠ ، أن زوال العيب يمنع من خيار العيب والرد ، إلا إذا كان هذا العيب لا يؤمن عودته فلا يمنع ، وبفهم من هذا أن للمشتري الخيار والرد ولو لم يظهر ذلك العيب عنده .

(١) البدائع ، ٥ : ٢٧٦ ؛ الزيلعي ، ٤ : ٤٣ .

(٢) الزيلعي ، ٤ : ٤٣ ؛ البدائع ، ٥ : ٢٧٦ — ٢٧٧ . وفي نهاية المحتاج (٣ : ١١٠) من أن البيع بشرط البراءة من العيوب ، أو ألا يرد بها ، صحيح مطلقاً ، وهذا يتفق مع قول الزيلعي (ص ٤٣) بأن للشافعي قولين في جواز البيع بهذا الشرط .

وفي المدونة من مالك أن براءة البائع مما لا يعلم من العيوب لا تنفع في شيء من السلم والحيوان إلا في الرقيق وحده . ويبع الحاكم على المفلس وغيره ، وكذلك يبيع الوارث لقضاء دين أو تنفيذ وصية على أن يعلم ذلك ، يعتبر بيع براءة لا يرد المبيع فيه . مواهب الجليل ، والتاج والإكليل ، ٤ : ٤٣٩ . ونظن ، أن فيما نقل عن مالك تضيقاً على الناس لا ضرورة له .

(٣) والرد واجب على الفور حال اطلاع المشتري على العيب ، فيبطل بالتأخير من غير عذر ، لأن الأصل في البيع لزوم . ولا بأس من تأخير الرد حتى يفرغ من الأكل والصلاة أو يطلع =

ففي هذه الحالة لا يتم الفسخ إلا بالتراضي أو قضاء القاضي^(١) . وقد تقدم أن الرد بخيار الشرط لا يحتاج لشيء من هذين إجماعاً ، وكذلك بخيار الرؤية بلا خلاف عند الأحناف^(٢) .

ويشترط لجواز الفسخ علم الطرف الآخر به بلا خلاف بين الأحناف ، بخلاف خيار الشرط والرؤية ؛ وألا يكون في فسخ العقد تفريق الصفقة على البائع ، إلا إذا رضى البائع باحتمال ما قد يكون في هذا من ضرره^(٣) .

٧٠٦ — (هـ) ومتى وجب الرد للمشتري ، واحتيج للقضاء في بعض الحالات على الخلاف بيننا وبين الشافعية والحنابلة ، كان الخصم للمشتري هو العاقد البائع ؛ سواء أكان أصيلاً يرجع حكم العقد (وهو الملكية) له ، أم نائباً عن الأصل كالوكيل والمضارب والأب والوصى . لأن الخصومة من حقوق العقد ، وحقوق العقد هنا ترجع للعاقد نفسه متى كان أهلاً للخصومة ، وإلا تكون الخصومة لازمة للأصيل نفسه^(٤) .

٧٠٧ — (و) وقد يمتنع الرد بالعيب ويسقط الخيار بعد ثبوته ، فيلزم البيع ، بأسباب عديدة^(٥) . من هذه الأسباب ، الرضا بالعيب بعد العلم به ؛ لأنه بالرضا به

== الصبح ، إذا علم بالعيب وهوياً كل أو يصل أو في الليل نهاية المحتاج ، ٣ : ١١٨ وما بعدها . وإذا سقط رده بتقصير منه فلا أرش له ، لتفويته هذا الحق على نفسه . ص ١٢٥ .

أما عند الحنابلة ، فخيار العيب على التراخي ؛ فمن علم بالعيب ، وآخر الرد بلا عذر ، لم يبطل خياره بالتأخير ، إلا إذا وجد منه ما يدل على الرضا ، لأن هذا الخيار شرع لدفع ضرر متحقق فلا يبطل بالتأخير غير الدال على الرضا . كشف القناع ، ٢ : ٦٥ .

(١) البدائع ، ٥ : ٢٨١ ؛ الزيلعي ٤ : ٣٣ . والحنابلة يرون كالشافعية أن الرد بالعيب لا يفتقر إلى رضا البائع أو حضوره أو حكم حاكم به ، سواء كان الرد قبل القبض أم بعده ، لأنه رفع عقد جعل للمشتري وحده كالطلاق ؛ كشف القناع ، ٢ : ٦٥ .

(٢) بدائع ، ٥ : ٢٨٦ .

(٣) البدائع ، ٥ : ٢٨١ . ويستثنى من ذلك القاضي وأمينه ، فإن الخصومة لا تلزمهما ، بل تلزم صاحب الشأن ، وإلا لامتنع عن النظر لصالح عديم الأهلية أو قاصر بها خوفاً من التزامهما بالمهدة ؛ المرجع والصفحة نقضاًهما .

(٤) انظر في هذا ، عند الأحناف ، البدائع ، ٥ : ٢٨١ وما بعدها .

دل على أنه لم يشترط في العقد دلالة سلامة موضوعه من العيب ، وهذا ما كان يجعل له حق الرد لصالحه .

وهنا الرضا قد يكون صريحاً ، وقد يكون دلالة ؛ كتصرفه في البيع وهو عالم بالعيب بما يدل على رضاه ، أو بإخراجه عن ملكه ولو لم يعلم بالعيب . فكل ذلك دليل الرضا فيمنع الرد على ما تقدم في غيره من الخيارات .

٧٠٨ — ويصرحون في مذهب مالك ، بأنه لو علم بالعيب بعد بيع المبيع أو رهنه أو إجارته أو هبته بعوض يقف الخيار ، حتى إذا عاد المبيع للملكه ثانية كان له رده إن كان بحاله لم يتغير ، ورده مع ما نقصه إن دخله عيب جديد . ومعنى هذا ، أنه لو تصرف هكذا بعد العلم بالعيب ليس له الرد ، لأن ذلك التصرف دليل رضاه بالعيب وإمضائه للبيع^(١) .

٧٠٩ — ولدى ابن حنبل أن المشتري لو أتلف أو استهلك المبيع ، أو وقفه أو رهنه أو وهبه ، غير عالم بالعيب ، ثم علم به له نقصانه لتعذر الرد . وإن فعل شيئاً من ذلك ونحوه كالإجارة ، بعد العلم بالعيب ، كان راضياً فليس له الرد ولا طلب النقصان . وفي قول أن له النقصان ، وهو قياس المذهب والصواب ، كما لو اختار إمساكه قبل تصرفه^(٢) .

٧١٠ — ولو باع المشتري المبيع المبيع ، ثم — بسبب العيب — رد عليه من المشتري الثاني قبل أن يقبضه منه ، كان له (للمشتري الأول طبعاً) أن يرده على بائعه ، وإن كان الثاني قد رده عليه بالتراضي بغير القضاء ، وذلك بالإجماع ، وإن كان الرد من الثاني بعد قبضه للمبيع ، وكان بقضاء القاضي ، كان للمشتري الأول الرد على بائعه بلا خلاف أيضاً . أما إن كان بالتراضي بغير قضاء ، فله أن يرده على بائعه الأول عند الشافعي ، وليس له هذا عند الأحناف .

(١) مواهب الجليل والتاج والإكليل ، ٤ : ٤٤٤ — ٤٤٥ ، وفيهما بعد ما تقدم أن الإخdam كالرهن والإجارة .

(٢) ويتصل بهذا ، أن البائع لو دلس على المشتري ، أي أخفى العيب عليه ، ثم تلف المبيع عنده [المشتري] رجع بالثمن كله على البائع ، كشف القناع ، ٢ : ٦٣ — ٦٤ .

يرى الشافعي ، أن المانع من الرد كل خروج المبيع عن ملكه . وقد عاد إليه ، فيعود حق الرد له ؛ كما لو رد عليه بخيار شرط أو رؤية على أصل الأحناف أنفسهم . ويرى هؤلاء ، أن قبول الرد بلا حكم حاكم يعتبر فسخاً في حق المتعاقدين وبيعاً جديداً في حق الغير ، فنصار كما لو عاد إليه بالشراء ؛ وفي هذه الحالة ، لا يكون له الرد . فكذا ذلك^(١) .

٧١١ — ومما يمنع الرد أيضاً ، إسقاط المشتري الخيار صراحة أو دلالة ؛ كما إذا كان المبيع داراً فسكنها بعد العلم بالعيب ، أو أخذ في ترميمها وإصلاحها بالهدم والإنشاء ، لأن خيار العيب حقه فله أن يسقطه . ومنها إبراؤه البائع من العيب ، وهلاك المبيع لأنه محل الرد ، ونقصانه على ما فيه من تفصيل لا حاجة لبيانها هنا ، وزيادته زيادة منفصلة متولدة منه على ما في ذلك من تفصيل أيضاً^(٢) .

٧١٢ — قلنا بأن للمشتري رد المبيع بخيار العيب ، أو إمساكه بكل ثمنه . على أن هناك حالات تجعل للمشتري حق الرجوع بنقصان العيب ، وذلك لأسباب مختلفة وبشروط خاصة^(٣) .

من هذه الشروط ، أن يصبح رد البيع متعذراً بهلاكه أو نقصانه أو زيادته مثلاً ، وألا يكون هذا التعذر بسبب من المشتري . فإن كان الرد غير متعذر ، بل كان المشتري يريد التمسك به بعد علمه بالعيب ، كان راضياً به فلا حق له في الرد ولا في الرجوع بما ينقصه العيب . وإن كان المبيع موجوداً ، ولكن يمتنع رده بسبب

(١) البدائع ، ٥٠ : ٢٨٢ ؛ وانظر الزيلعي ، ٤٠ : ٣٧ — ٣٩ .

(٢) في نهاية المحتاج ، ٣٠ : ١١٢ — ١١٥ ، أن المبيع لو هلك في يد المشتري بآفة أو جناية ، فإن مات أو تلف الثوب أو أكل الطعام ، ثم علم بالعيب الذي ينقص القيمة ، كان له الرجوع بالأرض للباس من الرد لتعذره . وفيه أن استخدام المبيع قبل العلم بالعيب لا يمنع الرد .

ولا يرى المالكية أن زيادة المبيع عند المشتري تمنع من الرد متى وجده معيباً ؛ بل له إمساكه المبيع ، وحينئذ يأخذ من البائع نقصان العيب ، وله أن يرده ، وحينئذ يأخذ من البائع القيمة التي زادت بها الزيادة في المبيع . انظر تفصيل الكلام في الزيادات حسب أنواعها المختلفة ، في مواهب

الجليل ، عن المقدمات لابن رشد ، والتاج والإكليل ، ٤٠ : ٤٤٧ — ٤٤٩ .

(٣) يرجع في هذا ، عند الأحناف ، للبدائع ، ٥٠ : ٢٨٩ — ٢٩١ .

منه كما إذا باعه أو وهبه ثم علم بالعيب ، لم يكن له الرجوع بالنقصان ، لأنه بفعله جعل الرد غير ممكن ، وذلك كان كل حقه بخيار العيب .

ولو كان امتناع الرد وتعذره ليس بسبب من المشتري ، بل بسبب البائع ، أو لهلاكه أو نقصه بفعل مساوي لا حيلة لأحد فيه ، كان للمشتري حق الرجوع على البائع بنقصان العيب لدفع الضرر عنه بقدر ما يمكن بعد ما تعذر الفسخ بسبب لا يدل له فيه^(١) .

٧١٣ - ويكمل هذا الضابط بشقيه ضابط آخر ، هو أن كل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري ، ويمكنه الرد برضا البائع ، بإخراج المشتري له عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان لأنه فوت على نفسه الرد وهو حقه الأصيل . وكل موضع يكون المبيع قائماً فيه ، ولا يمكنه الرد وإن رضى البائع ، بإخراج المشتري له عن ملكه لا يمنع من الرجوع بقيمة نقصان العيب ، لأنه لم يتسبب في تفويت الرد على نفسه بإخراج المبيع عن ملكه ، بل كان الرد ممتنعاً قبله^(١) .

٧١٤ - وبالتطبيق لهذين الضابطين ، لو كان المبيع ثوباً فقطعه المشتري وخاطه أو صبغه ، أو دقيقاً فخبزه أو آتته بسمن ، أو نحو هذه الحالات ، ثم اطلع على عيب ، رجع بالنقصان . لأن امتناع الرد مع الزيادة التي زادها المبيع ليس من قبل المشتري - وإن كان ظاهراً بسببه - بل لأن الفسخ لا يمكن دون الزيادة لعدم انفكاكها عن المبيع ، ولا معه لأن الفسخ يجب أن يرد على محل العقد وحده وإلا لما كان فسخاً ، ولا يمكن تركها للبائع وإلا كان ربّاً .

وكذلك الأمر في زيادة المبيع زيادة منفصلة ولكن متولدة منه ، كالولد والثمره لأن امتناع الرد ليس بسبب المشتري ، بل بسبب الشرع . لأنه لو رد الأصل دون الزيادة لأخذها بلا عوض فكان ربّاً ، ولورده معها برضا البائع لكان ربّاً أيضاً إذ أخذ الزيادة دون مقابل . والنتيجة امتناع الرد لحق الشرع ، وللمشتري حق

(١) شرح الزيلعي بحروفيه تقريباً ، ٤ : ٣٠

الرجوع بالنقصان . ومثل ذلك كله ، ما لو كان المبيع أرضاً فبني المشتري عليها أو غرس فيها^(١) .

٧١٥ — ومن الحالات التي يجوز للمشتري فيها الرجوع بنقصان العيب ، ما إذا حدث بالمبيع عيب ، فله أن يرجع بالنقصان ، وليس له الرد إلا برضا البائع .
وحيث لا يس له إن رضى البائع بالرد أن يرجع بالنقصان ، لأنه لا يصار إلى الخلف إلا عند تعذر الأصل^(٢) .

ومن هذه الحالات أيضاً ، شراء الفاكهة والخضر ونحوها ، ثم وجد المشتري ما اشتراه فاسداً ، ولكن يُنتفع به ، وكان قد كسره حتى عرف العيب ، له أن يرجع بالنقصان إلا إذا رضى البائع بأخذه كذلك فعليه رده لا الرجوع بالنقصان ، لأن هذا خلف وذاك أصل . وإن وجده لا ينتفع به رجع بكل الثمن ، لأن البيع حينئذ يكون باطلا لعدم مآلية المبيع^(٣) .

(١) البدائع ، ٣٨ : ٢٨٩ ؛ الزيلعي ، ٤٠ : ٣٤ — ٣٥

(٢) الزيلعي ، ٤٠ : ٣٤

(٣) الزيلعي ، ٤٠ : ٣٧ . وفيه ، ص ٤١ ، أنه لو وجد في بعض الكيل أو الوزن عيباً ، كان له رده كله أو أخذه كله بالثمن جميعاً . ولا تدرى نحن الفرق في ذلك وبين الخضر والفاكهة ونحوها !

الكتاب الرابع انتهاء العقد

٧١٦ - كل حادث لا بد له من نهاية كما يقول الفلاسفة ، والعقد وُجد بعد أن لم يكن فلا بد له من انتهاء على أى وجه من الوجوه . وهذا الانتهاء يختلف بحسب أنواع العقود ؛ فقد عرفنا أن من العقود ما هو لازم من ناحية طرفيه ، كالبيع والإجارة ؛ ومنها ما هو لازم من طرف واحد ، كمقد الرهن بالنسبة للمرتهن صاحب الدين ، والكفالة بالنسبة للمكفول له أى صاحب الدين أيضاً ؛ ومنها ما هو جائز أى غير لازم من ناحية الطرفين ، كالشركة والعارية والوكالة والوديعة .

ثم العقد اللازم بحسب طبيعته بالنسبة للطرفين ، كالبيع ، قد يكون غير لازم فى بعض الحالات بسبب أحد الخيارات : خيار الشرط أو الرؤية أو العيب ، وحينئذ يحتمل الفسخ . وربما لا يكون فيه خياراً ، ولكن يلحقه الفسخ والدفع أيضاً لهذا السبب أو ذاك من الأسباب التى سنعرفها ؛ مثل الإقالة فى العقود الصحيحة ، أو الفساد فى غير الصحيحة ، أو عدم الإجازة فى العقود الموقوفة^(١) :

ولنأخذ الآن فى بيان طرق انتهاء العقود على اختلاف أنواعها ، مع ملاحظة أننا تكلمنا فيما سبق عن شئ كثير من ذلك ، ولكن من الخير أن نجمع ما يختص بطرق الانتهاء فى بحث واحد .

العقود اللازمة

٧١٧ - (١) الفسخ للفساد .

إذا كان العقد من العقود اللازمة بطبيعتها ، كالبيع والإجارة ، ولكنه وقع

(١) يستعمل الفقهاء أحياناً كلمة : فسخ بمعنى رفع العقد من أصله بسبب أحد الخيانات مثلاً ، وأحياناً بمعنى رفعه بالنسبة للمستقبل كما فى العارية أو الإجازة . ونميل نحن للتسمية الحالية الأولى إلغاء ، وتسمية الثانية فسخاً . وراجع الأشباه لابن نجيم ص ١٨٥ - ١٨٦ ؛ وشرح الزيلعى فى خيار العيب ، لبيان فائدة هذه التفرقة بين رفع العقد من أصله فى الماضى وبين فسخه بالنسبة للمستقبل .

فاسداً بسبب من الأسباب التي تقدم ذكرها في قسم العقود الفاسدة ، كان من الواجب على كل من طرفيه فسخه رفعاً للفساد قبل أن يتقرر ، إلا إذا تعذر ذلك بأن باع المشتري ما اشتراه أو وهبه مثلاً ، وبذلك يكون الفسخ غير ممكن فعلاً ، وعليه حينئذ دفع قيمة المبيع يوم قبضه للبائع الأول لاثمنه لعدم صحة تعيين الثمن بسبب فساد العقد^(١) .

٧١٨ — ب) بسبب الخيار .

وإن وقع العقد صحيحاً ، ولكن بشرط الخيار ، أو وجد في المبيع عيب يميز رده لبائعه ، أو كان العقد قد صدر قبل أن يرى المشتري المبيع ثم بدا له رده بعد أن رآه — في كل هذه الحالات ، يجوز للمشتري في خيار الرؤية أو العيب أو لمن شرط له خيار الشرط ولو كان البائع نفسه ، إمضاء العقد بالرضى به أو عدم إمضائه بفسخه . وقد تقدم ذلك تفصيلاً فلا معنى لإعادة الكلام فيه ، كما تقدم أيضاً الأمور التي يسقط بها الخيار للبائع أو المشتري فيصير العقد لازماً لا يحتمل الفسخ بحال من هذه الناحية .

ولكن ينبغي أن نشير هنا ، إلى أن العقد في هذه الحالات التي يجوز فيها الفسخ لا يفسخ من نفسه ، بل يحتاج إلى الفسخ ممن له حق ذلك . ثم ، هذا الفسخ لا يحتاج إلى قضاء القاضي ، إلا في أحوال مستثناة ؛ ومنها إذا حدث نزاع بين الطرفين ، أو كان الفسخ في الزواج لعيب في الزوج أو غيبته أو إيساره في النفقة^(٢) .

٧١٩ — ج) بالإقالة .

وربما لا يكون في العقد خيار ، وقد صدر مستكلاً أركانه وشروطه ، ومع ذلك قد يفسخه المتعاقدان برضاها ، وهذا بما يسمى في عُرف الفقهاء بالإقالة . وهذه

(١) راجع أي مرجع من كتب الفقه ، مثل شرح الزيلعي ، ٤ : ٦٤ — ٦٥
(٢) الفوائد لابن رجب ، ص ١١٦ ؛ الأشباه لابن نجيم ، ص ١٨٥ ؛ الأشباه للسيوطي ص ١٧٨

تكون إذا ندم أحد المتبايعين وأراد الرجوع عن العقد ، ورضى صاحبه وواقفه على ما أراد^(١) . والسبب في اشتراط رضى صاحبه وموافقته ، أن العقد نشأ عن تراض منهما معاً ، فلا يرتفع بسبب يميز رفعه — كالتحيار مثلاً — إلا برضاها معاً ، ورفع حينئذ حق للمتعاقدين .

وفسخ العقد بالإقالة مندوب إليه دفعاً لحاجة من ندم على عقد العقد وأراد الرجوع عنه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » ، والحديث روى بالفاظ تختلف بعض الاختلاف^(٢) . وجعل الإقالة فسخاً طبيع هو رأى جمهور الفقهاء ، إلا أن أبا يوسف من الأحناف يراها بيعاً جديداً بين المتعاقدين ، في حين يراها أبو حنيفة فسخاً بينهما وبيعاً جديداً في حق ثالث ، مثل الشفيع إذا نزل عن الشفعة أو لا يكون له حق طلبها ثانياً بعد الإقالة . و« لكل وجهة نظره ، وللخلاف فائدة في باب العمل والتطبيق لا ترى ضرورة التعرض لبيان ذلك هنا^(٣) .

٧٢٠ — (د) لعزم التنفيذ .

وقد يجوز فسخ العقد اللازم بسبب غير ما تقدم كله ، مثل عدم قيام أحد طرفيه بما التزمه بالعقد . ومن الحق ، أن للطرف الآخر أن يجبر صاحبه بطريق القضاء على تنفيذ التزامه ، وأن للمؤجر أن يمتنع عن تسليم الشيء المستأجر إذا لم يأخذ الأجرة وكان الشرط دفعها من المستأجر مقدماً ، وأن للبائع حبس المبيع تحت يده حتى يدفع المشتري الثمن .

(١) أما إذا كان العقد غير لازم كالعارية ، أو لازماً بطبيعته ولكن فيه أحد الخيارات ، فلا تجوز الإقالة فيه ، بل لا يكون لها معنى ، لجواز الفسخ من طريق آخر . راجع البدائع ، ج ٥ : ٣٠٦ . وأنظر في شرط رضى المتعاقدين ، ص ٣٠٨

(٢) أنظر الزيلعي ، ج ٤ : ٧٠ ؛ سنن أبي داود ، ج ٣ : ٣٧٢

(٣) راجع في ذلك ، البدائع ج ٥ : ٣٠٦ — ٣٠٨ ؛ الزيلعي ، ج ٤ : ٧٠ — ٧٢ ؛

الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، ج ٤ : ١٥٤ — ١٥٧ . وراجع في ذلك عند الحنابلة ، ألفواعد . رجب ص ٢٧٩ وما بعدها .

كل ذلك يتطلبه عقد المعاوضة ، إذ هذا الوصف كافٍ وحده في وجوب التعادل بين الطرفين في الحقوق والواجبات . وفي هذا نجد الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ من القانون المدني الجديد تنص على أنه « في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يُوفَّ أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر — بعد إعداره المدين — أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى ^(١) » .

إذاً ، للبائع حق حبس المبيع وعدم تسليمه للمشتري حتى يدفع الثمن له ، وله حق المطالبة قضائياً بذلك ، ولكن هل له حق الفسخ إذا امتنع نهائياً عن تنفيذ هذا الالتزام الذي أوجبه العقد عليه ؟ له ذلك عند جمهور الفقهاء ، ومنهم الأحناف . فقد جوزوا ما يسمى بخيار النقد ، وصورته أن يقول البائع مثلاً : بعثك هذا الثوب ، على أنك إن لم تنقد إلى ثلاثة أيام ^(٢) فلا بيع بيننا . ويترتب على هذا ، أنه إن دفع المشتري الثمن في أثناء هذه المدة تم البيع ، وإلا انفسخ العقد . على أن الإمام زفر ، وبعض الفقهاء الآخرين ، قالوا بفساد البيع على هذه الصورة ، وهو القياس ^(٣) .

٧٢١ — وإن كان سبب عدم التنفيذ استحالة ، لا التعت من المشتري أو المستأجر مثلاً ، بل لسبب سماوى كما يعبر الفقهاء ، أو القوة القاهرة أو الأحوال الطارئة ^(٤) حسب تعبير رجال القانون — في هذه الحالة ، لا نجد مبدأ عاماً في الفقه الإسلامى ، ولكن نجد الفقهاء تعرضوا لذلك في بعض الحالات التى نشير إلى بعضها :

(١) تقدم أن الإجارة تفسخ عند الأحناف بكثير من الأعذار من جانب المؤجر أو المستأجر ، خلافاً للشافعية والمالكية وبعض الفقهاء الآخرين ، فعند

(١) يجب أن نلاحظ هنا أن الكلام في امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه مع القدرة عليه ؛ أما إذا الامتناع بسبب تعذره ، فتلك حالة أخرى .

(٢) يجيز الإمام محمد أن تكون المدة أكثر من ثلاثة أيام ما دامت معينة .

(٣) راجع المبسوط للسرخسى ، ١٣-١٧ ؛ مجلة الأحكام العدلية ، المواد : ٣١٣-٣١٥

(٤) force majeure, cas fortuits

هؤلاء لا تنفسخ الإجارة — مثل كل العقود اللازمة — إلا بذهاب محل استيفاء المنفعة ، أو تعييبه^(١) .

ومن أجل ذلك ، يرى الإمام مالك أن عقد الإجارة ينفسخ إذا تعذر على المستأجر زراعة الأرض ، لانتقطاع الماء عنها أو غلبته عليها . كما يرى أن المستأجر الدار للسكنى حق الفسخ ، إن أراد ، إذا أصابها ما يذهب أكثر منافعتها ، مثل انهدام بعض أجزائها أو تتابع نزول المطر على أمتعتها لرقّة سقوفها أو تخريبها^(٢) .

٢ وفي البيع إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يتسلمه المشتري ، ينفسخ البيع ويكون المشتري إذا غير ملزم بدفع الثمن ؛ والأمر ليس كذلك إذا كان الهلاك في يد المشتري بعد أن قبضه ، فإنه يضيع على حسابه وعليه دفع الثمن للبائع^(٣) . وفي مسألة هلاك المبيع بعد قبض المشتري له ، لا فرق بين أن يكون هلاكه بآفة سماوية ، أو بفعل المبيع بأن كان حيواناً ، أو بفعل المشتري أو أى إنسان آخر . أما إذا كان الأمر قبل القبض ، ففي الأمر تفصيل .

إنه إن كان الهلاك بآفة سماوية ، انفسخ العقد ويكون هلاكه على حساب البائع كما قلنا آنفاً . أما إذا كان هلاك المبيع بفعل المشتري ، فلا ينفسخ العقد ، ويعتبر المشتري قد قبض المبيع بإتلافه . بقى أخيراً ، أن يكون الهلاك بفعل آخر غير البائع والمشتري ، وهنا يكون للمشتري حق الفسخ ويرجع البائع على الجاني بما جنى فيضمّنه مثل المبيع أو قيمته ؛ كما له أيضاً إمضاء البيع ودفع الثمن للبائع ، ثم الرجوع لحسابه على الجاني^(٤) .

(١) راجع ما تقدم في تقسيم العقد إلى عقد فوري ، وآخر متجدد ومستمر . وراجع أيضاً ، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢ : ٢١٧

(٢) بداية المجتهد ، ٢ : ٢٢٨ ؛ الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ، ٤ : ٥٨ — ٥٩ ؛ القوانين الفقهية لابن جزي ، ص ٢٦٨ .

(٣) راجع البدائع ، ٥ : ٢٣٨ — ٢٣٩ ؛ الوجيز للغزالي ، ١ : ١٤٥

(٤) البدائع ، ٥ : ٢٣٨ — ٢٣٩ . وأنظر عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، ٣ : ١٤٥ — ١٤٥ ، فالأمر واحد في المذهبين . وراجع كشف القناع ، ٢ : ٨٠ — ٨٢ ، =

٧٢٢ - (هـ) انتهاء مدة العقد :

وإذا كان العقد لمدة معينة غير قابلة للتجديد ، كاستئجار دار مدة سنة أو سيارة لرحلة من الرحلات مدة أسبوع أو شخص لخدمته شهراً مثلاً ، يفسخ العقد من نفسه أو ينتهى بعبارة أخرى بانتهاء هذه المدة ، ما دام الغرض المقصود منه قد تم .

ويقال إن العقد انتهى أيضاً بتحقيق الغرض أو الغاية في صور وحالات أخرى مثل نقل ملكية المبيع للمشتري وملكىة الثمن للبائع في عقد البيع ، أو سداد الدين في عقد الرهن أو الكفالة ، أو شراء ما وكل الوكيل للقيام به أو بيعه أو تأجيره .

في العقود غير اللازمة والموقوفة

٧٢٣ - غير اللازمة .

من هذه العقود ما هو غير لازم من الجانبين ، كالوديعة والعارية والشركة والوكالة ، إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير كما سبق أن ذكرناه عن المالكىة ، فلكل من الطرفين في هذه العقود ونحوها فسخ العقد متى أراد ما دامت هى بطبيعتها جائزة غير لازمة .

ونحن نميل إلى هذا رأى وهم يمثلون لذلك بالوكيل في بيع الرهن لسداد دين المرتهن أى الدائن ، فإن حقه تعلق بهذا التوكيل فليس للموكل المدين عزل الوكيل إلا برضى الدائن . كما يمثلون بالوكيل فى الخصومة ، فليس للوكيل أو المحامى بلغة العصر عزل نفسه دون رضا موكله إذا كان فى هذا ضرر به ^(١) .

== فى أثر هلاك موضوع العقد فى البيع أو غيره فى فسخه أو عدم فسخه عند الحنابلة . والمواد ١٥٩ ، ٢١٥ ، ٣٧٣ من القانون المدنى الجديد ، يؤخذ منها أن العقد يفسخ من نفسه إذا استحال على المزم ما التزم به بسبب أجنبي خارج عن إرادته دون مسئولية عليه ؛ فإذا كان السبب منه ، يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . وراجع الوسيط للاستاذ السهورى ص ٧٢٢ - ٧٢٥ .

(١) راجع مواهب الجليل للخطاب على خليل ، ٥ : ١٨٧ - ١٨٨ . وراجع مثل ذلك عند الأحناف ، الزيلعى ، ٦ : ٨١ فى كتاب الرهن . فقد جاء فيه أنه إذا اشترط الوكالة ==

والعقود اللازمة من جانب ، وغير لازمة من الجانب الآخر ، هي مثل الرهن والكفالة . فللمرتهن فسخ عقد الرهن من جهته دون رضى الراهن ، ولكن ليس لهذا فسخه دون رضا صاحبه لتعلق حقه بالرهن . وكذلك الأمر في الكفالة يكون للمكفول له أى صاحب الدين فسخ عقد الكفالة من ناحيته ولو لم يرض المكفول عنه المدين ، على حين أن ذلك ليس للمكفول عنه ، لتعلق حق الأول بالكفالة كما في الرهن^(١) .

أثر الموت في انتهاء العقد

٧٢٤ — للموت أثره في انتهاء كثير من العقود ، وهذا أمر طبيعي معقول ، ما دام الموت يخرج العاقد عن الأهلية ، وقد شرطنا لصحة العقد أن يكون العاقد أهلاً لإنشائه . ولنبحث ذلك في بعض العقود من الطوائف الثلاث ، وهي : الإجارة للرهن ، الكفالة ، الوكالة ، الشركة ، والمزارعة والمساواة .

(١) الإجارة :

٧٢٥ — هذا العقد ، وهو من العقود اللازمة من الجانبين ، يفسخ من نفسه بموت من وقع له العقد^(٢) ، خلافاً للشافعى الذى لا يرى انتهاء هذا العقد بموت من صدر له . ومردُّ هذا الخلاف إلى اختلاف الأحناف والشافعية في تصوير انعقاد الإجارة . إن موضوعها عند الأولين هو المنافع التى تحدث شيئاً فشيئاً ، فما يحدث منها بعد موت المالك لا يكون مملوكاً له فلا يصح بقاء العقد عليه ؛ على حين أن

== لأحد في عقد الرهن يبيع المرهون عند حلول الدين ، لم ينزل الوكيل بعزل موكله الراهن ولا بموته أو موت الدائن المرتهن ، لتعلق حق المرتهن بذلك . ومن المهم ملاحظة الفقرة الثانية من المادة ٧١٥ من القانون المدنى الجديد ، فهي تسير على هذا الرأى .

(١) ومن المفهوم ، أن فسخ العقد هنا لا يتوقف على حكم القاضى ، كما أنه لا يكون له أثر رجعى .
(٢) أى لا يؤثر موت العاقد ، إذا كان وكلاً عن أحد طرفيه أو وصياً أو ناظر وقف ، ونحو ذلك ، لأن العقد وقع لغير من قام به تأجيله عن غيره .

الآخرين يجعلون المنافع موجودة كلها حال العقد ، فيكون الأمر كالبيع الذي لا يبطل بموت أحد المتبايعين^(١) .

وعلى القول بانفساخ العقد بالموت ، إذا حصل هذا قبل المدة المعينة في العقد ، وفي الأرض المستأجرة زرع لم يثن حصاده ، يجب إبقاؤه حتى يُحصَد ويكون على الورثة باقى الأجرة المسماة في العقد ، وفي ذلك تحقيق لصالح الطرفين : المالك ، وورثة المستأجر^(٢) .

(٢) الرهن والكفالة :

٧٢٦ — هذان العقدان من العقود اللازمة من جانب واحد وهو جانب الدائن المرتهن أو المكفول له ، كما أن كلا منهما عقد تابع لعقد أصلى هو الذى حصل فيه التزام المدين بالدين الذى أراد الدائن التوثيق له بعقد الرهن أو الكفالة . فإذا ، من حق الدائن وحق ورثته إذا مات ألا ينتهى العقد أو يفسخ بالوفاة ، ضماناً لدينه وحفظاً له من الضياع .

ولذلك ، نجد الفقهاء يقولون بأنه متى مات الراهن [المدين] يباع الرهن لقضاء الدين إن كان ورثته صغاراً ، فإن كانوا كباراً خلقوا الميت فى المال ، فكان عليهم تخليص الرهن بقضاء الدين . وينكر الإمام الطحاوى أن المرتهن أحق بالرهن وبشئنه إن بيع ، فى حياة الراهن كان ذلك أو بعد وفاته^(٣) .

وفى الكفالة ، نجد التصريح بأن موت الأصيل المدين لا يُنتهى العقد ، لقيام الكفيل مقامه ، وأن الكفيل لا يخرج عن الكفالة إلا بأداء الدين منه أو من

(١) على هذا جرى القانون المدنى ، ومع ذلك فقد أجاز لورثة المستأجر الحق فى طلب لإنهاء

العقد فى حالات خاصة . راجع المادتين : ٦٠١ ، ٦٠٢

(٢) البدائع ، ٤ : ٢٢٢ — ٢٢٣ ؛ تكملة فتح القدير ، ٧ : ٢٢٠ — ٢٢١ ؛

الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، ٥ : ٥٤ — ٥٦ . وراجع عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، ٤ .

٢٣٠ . والحنابلة مع الشافعية فى هذا ، راجع كشف القناع ، ٢ : ٣١١ . وقد حكى ابن رشد

الحفيد الخلاف فى ذلك بين الفقهاء بعمامة ، بداية المجتهد ، ٢ : ٢٢٨

(٣) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، ٥ : ٣٤٥ ؛ مختصر الطحاوى ، ص ٩٥

الأصيل ، أو بإبراء الدائن نفسه من الدين أو نزوله عن الكفالة ، وله هذا النزول لأن هذا من حقه^(١) .

(٣) الشركة والوكالة :

٧٢٧ — وفي هذين العقدين ، وهما من العقود الجائزة غير اللازمة من الجانبين ، نجد اتفاق الفقهاء والقانون تماماً على أنهما ينتهيان بالموت : موت الموكل ، أو الوكيل ، أو الشريك .

ففي الشركة ، يفسخ العقد بموت أحد الشريكين فيما بينه وبين صاحبه ، سواء أعلم بالموت أم لم يعلم ، لبطلان أهلية التصرف بالموت^(٢) . ومن ناحية أخرى ، فكل الشريكين وكيل عن صاحبه في تصرفاته التي يقوم بها عنه وعن نفسه ، وموت الموكل يعتبر عزلاً حكماً للوكيل وإن لم يعلم به^(٣) .

وكذلك الأمر في الوكالة ؛ فإنها تنفسخ بالموت وخروج أحد الطرفين عن الأهلية ، والسبب ما ذكرناه في الشركة ، ويستوى في انقضاء هذا العقد علم الطرف الآخر بموت صاحبه وعدم علمه^(٤) . على أن موت الموكل يسقط عقد الوكالة ، إذا كان يوكل عن نفسه بصفته الشخصية ، فإن كان وصياً أو قتيلاً أو ناظر وقف

(١) البدائع ، ج ٦ : ٦ ، ١١ . والناظر في القانون المدني ، يجد أن الموت ليس من أسباب انتهاء عقد الرهن أو الكفالة . راجع ، فيما يختص بالرهن ، المواد ١٠٨٢ — ١٠٨٤ ؛ وفيما يختص بالكفالة ، المواد من ٧٧٢ — ٨٠١ . وذلك ، كما قلنا ، أمر يقتضيه العدل وضمان حق الدائن .

(٢) ولهذا ، يمتز الجنون ونحوه مما يخرج به الإنسان عن الأهلية مثل الموت في ذلك

(٣) مختصر الطحاوى ، ص ١٠٨ ؛ البدائع ، ج ٦ : ٧٨ . وراجع عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، ج ٤ : ٨ ؛ وعند الحنابلة ، كشف القناع ، ج ٢ : ٢٥٨ — ٢٥٩ ؛ وعند المالكية بداية المجتهد ، ج ٢ : ٢٥٣ .

(٤) راجع بداية المجتهد لابن رشد ، ج ٢ : ٢٩٨ ، ففيه شيء من الخلاف والتفصيل في مسألة وجوب العلم بالموت أو عدم وجوبه ، لانقضاء العقد إذا مات الموكل ، في حق عملاء الوكيل .

مثلاً ، ثم مات لا تنفسخ الوكالة لأنه كان يتصرف باسم غيره ، وهذا « الغير » لا يزال موجوداً^(١) .

٤) المزارعة والمساقاة^(٢) :

٧٢٨ — في هذين العقدين ، غير اللازمين أيضاً ، بعض الخلاف في أثر الموت بين الفقهاء . فعند الشافعية خلاف في جواز عقد المزارعة ، والأصح فيما يرون عدم جوازه لسهولة الحصول على منفعة الأرض بالإجارة ، ولأن ورد نهى الرسول عنها . ولا يختلفون في جواز المساقاة ، ويعرفونها بأنها تعهد شجر بجزء من ثمرته . ودليل شرعيتها معاملة الرسول يهود خيبر على نخلها وأرضها بشرط ما يخرج منها^(٣) ، ثم إجماع المسلمين بعد ذلك للحاجة إلى مثل هذا العقد .

وإذا مات المالك ، لا ينفسخ العقد مطلقاً ، بل يبقى العامل على عمله وله حصته في الثمر والزرع من الناتج من الأشجار والأرض . وإن مات العامل ، كان على ورثته القيام مقامه إن خلف تركة ينفقون على العمل منها ، وإلا لا يجبرون على ذلك وينفسخ العقد^(٤) .

وإلى مثل رأى الشافعية يذهب المالكية ؛ فعندهم جواز المساقاة في الشجر ، والمزارعة في الأرض التي تكون بين الأشجار تبعاً لها ، وأن المساقاة عقد موروث فلورثة العامل متى مات القيام مقامه^(٥) .

(١) مختصر الطحاوى ، ص ١١٠ ؛ البدائع ، ص ٦٨ : ٣٨ ؛ نهاية المحتاج ، ص ٤١ : ٤٠ ؛ كشف القناع ، ص ٢٣٦ : ٢٠ . وانظر في ذلك المادة ٥٢٨ في الشركة ، والمادة ٧١٤ في الوكالة من القانون المدني .

(٢) المزارعة ، عقد على زرع الأرض بنسبة معينة من المحصول ؛ والمساقاة كذلك ، ولكن عمل العامل هو العناية بأشجار الفاكهة الموجودة بالأرض .

(٣) هنا تكون الأرض التي بين الأشجار مزارعة تابعة للمساقاة ، تجاوزت لذلك بطريق التبعية . وقد حكى صاحب البدائع ، ص ١٧٥ : ٦٨ ، عن الشافعية عدم جواز للمزارعة بطريق الاستغلال ، فضلاً عن الرمي في نهاية المحتاج كما سيبيء .

(٤) راجع في هذا وما قبله ، نهاية المحتاج ، ص ٤٨ : ١٧٩ — ١٨١ ، ١٨٩ . وفي القانون المدني ، المادة ٦٢٦ ، لا ينفسخ هذان العقدان بموت المالك ، ولكن بموت العامل .

(٥) بداية المجتهد ص ٢ : ٢٤٣ — ٢٤٤ ، ٢٤٧ .

٧٢٩ — أما عند الأحناف ، فقد قال الإمام أبو حنيفة بعدم جواز المزارعة وكذلك المساقاة . لأن كلاّ منهما تأجير واستئجار للأرض ببعض الخارج منها . وذلك نهى عنه لقول الرسول لرافع بن خديج في بستان كان يعمل فيه : « لا تستأجره بشيء منه » ، كما نهى عن أن يطحن الطحان الحبوب بشيء من الدقيق . ثم في هذا العقد ، نجد بدل منفعة الأرض وعمل العامل مجعولا ، وهذا لا يجوز إلا أن الصاحبين أجازا هذين العقدين لما سبق أن ذكرناه ونحن نتكلم عن مذهب الشافعي^(١) . وعلى مذهب من يميزها مع الصاحبين من فقهاء الأحناف ، نجد كلا من هذين العقدين يفسخ بموت صاحب الأرض أو العامل أى المزارع أو المساق . وسواء في ذلك أكان موت الواحد منهما قبل العمل والزراعة أم بعدها ، وسواء أكان الزرع أو الثمر قد آن حصاده وجنيه أم لا . وذلك ، كما يقول علاء الدين الكاساني ، « لأن العقد أفاد الحكم له دون وارثه لأنه عاقد لنفسه ، والأصل أن من عقد لنفسه بطريق الإصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره إلا لضرورة^(٢) » .

هذا ، والفسخ يظهر أثره دائماً في المستقبل لا في الماضي . وعلى ذلك ، إذا مات رب الأرض ، قبل أن يكون الزرع قد آن حصاده ، تترك الأرض بيد المزارع إلى وقت الحصاد ويقسم المحصول بينهما حسب ما شرطاه ، ففي هذا مصلحة للطرفين معاً . وإن مات المزارع ، كان لورثته — إن أرادوا — المضي في العمل حتى يجيء أوان الحصاد ؛ وإن رغبوا في عدم العمل كان لهم ذلك لانفساخ العقد حقيقة ب وفاة مورثهم ، وكان اعتباره قائماً تقديراً نظراً لمصلحتهم^(٣) .

(١) وراجع البدائع ، ج ٦ : ١٧٥ ، ١٨٥ ؛ بداية المجتهد ، ج ٢ : ٢٤٢

(٢) البدائع ، ج ٦ : ١٨٤ . والمساقاة كالمزارعة في هذا ، راجع ص ١٨٨ . ونقول نحن بأن الضرورة تقضى بعدم انفساخ العقد بالوفاة ، كما رأينا عند فقهاء المذاهب الأخرى ، وفي ذلك خير واستقرار في المعاملات .

(٣) البدائع ، ج ٦ : ١٨٥ . والأمير كذلك في المساقاة ، أنظر ص ١٨٨ . والمناقلة في هذين العقدين ، من ناحية الجواز والفسخ بالموت وأثر الفسخ ، يميلون مع الأحناف . أنظر كشف القناع ، ج ٢ : ٢٧٨ — ٢٧٩ ، ٢٨٤

ب - العقود الموقوفة

٧٣٠ — بقی أن نقول بأن من العقود ما هو موقوف على إجازة غير العاقد ، كعقد الفضولی الذی يتوقف على إجازة صاحبه ، خلافاً للشافعی الذی يرى أن عقد الفضولی لا ینعقد فهو باطل ولا تلحقه الإجازة . ومن هذا الضرب من العقود ، عقد الصبی المميز ، فإنه موقوف على إجازة ولیه أو وصیه ، وعقد الوصیة لو ارث بأی قدر من التركة أو لأجنبي بأكثر من ثلث التركة ، فإنه موقوف على إجازة الورثة . وقد بحثنا ذلك مفصلاً عند الكلام على الأهلية والولاية وأقسام العقود ، فلا حاجة لإعادة الحديث فيه ^(١) .

إذاً ، التصرف أو العقد الصادر من ليس أهلاً له ، ولا ولاية له على إصداره يعتبر عند جمهرة الفقهاء المسلمين موقوفاً . أى أن لصاحب الشأن أن یجیزه ، فتكون هذه الإجازة اللاحقة في حالة الفضولی كالإجازة السابقة ؛ أو لا یجیزه ، أو أن یفسخه بتعبير آخر . إن وجد المصلحة في هذا . كما أن للفضولی نفسه أن یفسخ العقد دفماً للعهد عن نفسه ؛ فإن الحقوق في البيع مثلاً ترجع لمن باشر العقد ، فله أن يدفع ذلك عن نفسه بفسخ العقد ^(٢) .

(١) وانظر في ذلك عند المناظرة ، القواعد لابن رجب ص ٤١٧ وما بعدها . وعند الأحناف والشافعية ، البدائع ، ١٤٨ : ٥٠ وما بعدها .
(٢) البدائع ، ١٥١ : ٥٠

خاتمة

لأنفساخ العقد من نفسه ، أو فسخه من أحد الطرفين أو من كليهما معاً ، آثار مختلفة حسب اختلاف ضروب العقود . وقد تقدم الكلام عن ذلك في المكان المناسب ، في بحث الخيارات ومواضع أخرى ، فلا حاجة للتطويل بإعادة ما سبق ذكره .

هذا ، وقد كنا على نية الكتابة بإيجاز بعد ذلك على العقود عقداً عقداً ، مثل عقد البيع والإجارة والرهن والعارية وغيرها ، ولكن رأينا العدول عن ذلك لأمرين :
١- كفاية ما كتبناه عن تلك العقود ، في أثناء بحث نظرية العقد ، لتعرفها وبيان أهم أحكامها وآثارها .

٢- الرغبة في عدم بلبلة القارئ ؛ بإعطائه صورة موجزة غير تامة عنها في الفقه الإسلامي ، فتختلط في ذهنه بما سيدرسه عنها في القانون المدني بالتفصيل .
وإلى هنا يقف القلم بعد أن تم لنا ما أردنا بحته حسب ما وسعنا من جهد ووقت وحسبنا أننا تقدمنا - فيما نعتقد - خطوة إلى الأمام ، وبخاصة في نظرية العقد ، بعد أولئك الذين كتبوا قبلنا من رجال العلم في الموضوع . ونستغفر الله مما نكون قد وقعنا فيه من خطأ ، برغم شدة البحث وتحري الصواب .

ولله الحمد في الأولى والآخرة ، ونضرع إليه أن يديم علينا نعمة العون

والتوفيق والسداد ؟

أهم مراجع الكتاب

القرآن والحديث

- ١ — الاتقان في علوم القرآن ، للإمام جلال الدين السيوطي المتوفى عام ٩١١ هـ . وهو في جزأين ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣١٨ هـ .
- ٢ — أحكام القرآن ، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ في ثلاثة أجزاء طبع الآستانة سنة ١٣٣٥ - ١٣٣٨ هـ . وهو كتاب جليل في فقه القرآن والسنة ، ويشير فيه صاحبه — وإن كان حنفياً — إلى المذاهب الأخرى ، وقد رتبته على سور القرآن ، ومن الخير عمل فهرست تحليلي له بالبحوث والأحكام التي وردت في أكثر من موضع ، يشار فيه إلى جميع مواضع مأخذ الحكم الواحد .
- ٣ — سنن أبي داود السجستاني المتوفى سنة ٢٧٥ هـ ، الطبعة الثانية بمطبعة السعادة سنة ١٩٥١ م ، ومرتب على أبواب الفقه المعروفة . وطبعها جيدة ، وعليها تحقيقات وتعليقات قيمة .
- ٤ — اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان البخاري ومسلم ، وقد توفي الأول سنة ٢٥٦ هـ والثاني سنة ٢٦١ هـ ، وضع محمد فؤاد عبد الباقي ، مرتب على أبواب الفقه طبع عيسى البابي الحلبي وشركاه سنة ١٩٤٩ ، في ثلاثة أجزاء ، وعليه تعليقات .
- ٥ — مسند الإمام أحمد بن خليل المتوفى سنة ٢٤١ هـ ، تحقيق وشرح العلامة الشيخ أحمد محمد شاكر ، نشر دار المعارف بمصر ، وظهر منه حتى اليوم عشرة أجزاء .
- ٦ — موطأ الإمام مالك المتوفى عام ١٧٩ ، مع شرحه للإمام جلال الدين السيوطي وهو كتاب حديث وفقه معا ، طبع مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة عام ١٩٥١ م في جزأين .

أصول الفقه

- ٧ — الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الأندلسي على بن أحمد بن سعيد ، المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ، في ثمانية أجزاء حسب تجزئة المؤلف ، الطبعة الأولى بمطبعة السعادة بالقاهرة عام ٤٥ - ١٣٤٨ هـ . وهو المرجع الأول لمعرفة أصول الفقه الظاهري .
- ٨ — الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين أبي الحسن الأمدى المتوفى سنة ٦٣١ هـ .

أربعة أجزاء ، طبع دار المعارف بالقاهرة عام ١٩١٤ م ، وكثير ممن كتبوا في هذا الموضوع عيال على هذا الكتاب الجليل .

٩ — أصول الفقه للمرحوم الشيخ محمد الحصري ، الطبعة الثانية ، المطبعة الرحمانية بالقاهرة عام ١٩٣٣ م وهو كتاب جامع جيد محرر في جزء واحد .

١٠ — الاعتصام لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي والغرناطي ، المتوفى عام ٧٩٠ هـ ، طبعة مصطفى محمد بالقاهرة بلا تاريخ ، جزءان . وهو كتاب يدعو إلى العمل بالكتاب والسنة وترك البدع ، والمطبوع هو ما وجد فقط منه .

١١ — التلويح والتوضيح ، تم طبعه عام ١٣٠٤ هـ بالآستانة . والتوضيح هو شرح متن التقييع ، وكلاهما لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود بن محمود المهبوب المتوفى عام ٧٤٧ هـ^(١) ، والتلويح حاشية أو شرح بالقول على التوضيح ، لسعد الدين مسعود ابن عمر التفتازاني المتوفى عام ٧٩٣ هـ .

١٢ — رسالة الشافعي ، وقد طبعت عام ١٣٢١ هـ بالمطبعة الأميرية بالقاهرة مقدمة للجزء الأول من كتاب الأم ، كما نشرها الأستاذ الشيخ أحمد شاكر عام ١٣٥٧ هـ مستقلة بمطبعة الحلبي .

١٣ — علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي ، للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ، الطبعة الرابعة عام ١٩٥٠ م

١٤ — الفروق ، للامام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي ، المشهور بالفراfi ، وبهامشه حاشية سراج الدين أبي القاسم الأنصاري المعروف بابن الشاط ، المسماة : إدرار الشروق على أنواء الفروق ، المطبعة التونسية الرسمية عام ١٣٠٢ هـ ، وهو كتاب جليل تفرد بمباحث لا يستغنى عنها دارس ولاقيه ، في أربعة أجزاء .

١٥ — كشف الأسرار شرح المصنف على المنار ، لأبي البركات حافظ الدين النسفي المتوفى عام ٧١٠ هـ ، مع شرح نور الأنوار على المنار لمولانا حافظ شيخ أحمد المعروف بملاحيون بن أبي سعيد المتوفى عام ١١٣٠ هـ . وبهامشه حاشية محمد عبد الحليم المكتوي الأنصار ، المسماة بقمر الأقمار على نور الأنوار شرح المنار . الطبعة الأولى ييولاق عام ١٣١٦ — ١٣١٧ هـ ، في جزأين في مجلد واحد .

(١) جاء في آخر النسخة أن متن التقييع لابن الحاجب ، وهو خطأ . انظر كشف الظنون لحاجي خليفة مادة تقييع ، ١٠ عمود ٤٩٦ من طبعة الآستانة عام ١٩٤١ م .

- ١٦ — كشف الأسرار لعبد العزيز البخارى على أصول فخر الإسلام أبى الحسن على بن محمد بن حسين البزدوى المتوفى عام ٣٧٠ هـ ، طبعة الآستانة عام ١٣٠٧ هـ .
أربعة أجزاء مرقمة صفحاتها بتسلسل من الأول للآخر ، فى مجلدين .
- ١٧ — مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول ، للدولى المحقق أبى الفضل محى الدين منلاخسرو ، وملحق به حاشية الطرسوس على المرآة ، طبعة الآستانة عام ١٣١٢ هـ كما جاء بصدر الكتاب ، وجاء فى آخره أنه تم عام ١٣١٧ هـ
- ١٨ — المستصفى من علم الأصول لحجة الإسلام الإمام أبى حامد الغزالى المتوفى عام ٥٠٥ هـ ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق بالقاهرة عام ١٣٢٢ — ١٣٢٥ هـ فى جزأين ، وهو كتاب محدد دقيق .
- ١٩ — المواقفات فى أصول الأحكام ، للشاطبى السابق الذكر ، المطبعة السلفية بالقاهرة عام ١٣٤١ هـ ، فى أربعة أجزاء ، وهو كتاب جليل لا يستغنى عنه .
- ٢٠ — النبذ فى أصول الفقه الظاهرى ، لابن حزم السابق ذكره ، بتعليق العالم الأجل المرحوم الشيخ محمد زاهد بن الحسن الكوثرى . مطبعة الأنوار عام ١٣٦٠ هـ بالقاهرة . وهو كتاب لطيف الحجم ، إلا أنه جمع أشتات مسائل كثيرة فى الأصول .

تاريخ وتراجم

- ٢١ — تاريخ بغداد للحافظ أبى بكر الخطيب البغدادى المتوفى سنة ٤٦٣ هـ ، فى أربعة عشر جزءا ، الطبعة الأولى بالقاهرة بمطبعة السعادة عام ١٩٣١ م . وهو كتاب يؤرخ للخلفاء والملوك والأمراء والوزراء والأشراف والعلماء ، على اختلاف درجاتهم وطبقاتهم ، وبذلك لا يستغنى عنه باحث فى الدراسات الإسلامية .
- ٢٢ — تذكرة الحفاظ ، للإمام الحافظ شمس الدين الذهبى مؤلف تاريخ الإسلام والمتوفى عام ٧٤٨ هـ . الطبعة الثانية بمطبعة دائرة المعارف النظامية بحيدرآباد الهند فى أربعة أجزاء ، طبع عام ٣٣ — ١٣٣٤ هـ .
- ٢٣ — الديباج المذهب فى معرفة أعيان علماء المذهب ، لقاضى القضاة برهان الدين إبراهيم بن طى فرحون المالكي ، الطبعة الأولى عام ١٣٥١ هـ بالقاهرة بمطبعة المعاهد . وقد اشتمل على أكثر من ٦٣٠ اسما من مشاهير الفقهاء وحفاظ الحديث وأكابر الرواة وغيرهم .
- ٢٤ — سيرة ابن هشام ، وأصلها لسيرة الرسول ولكن الكتاب قد اشتمل

على أحوال العرب قبل الإسلام والمسلمين عامة في الأيام الأولى للإسلام ، وهو في أربعة أجزاء ، نشر المكتبة التجارية بالقاهرة عام ١٩٣٧ م ، وعليه شروح وتحقيقات قيّمة .

٢٥ — شذرات الذهب في أخبار من ذهب : للمؤرخ الفقيه الأديب عبد الحى بن العماد الحنبلى المتوفى عام ١٠٨٩ هـ ، نشر مكتبة القدس بالقاهرة عام ١٣٥٠ هـ ، في عشر مجلدات . هو كتاب قيم في موضوعه ، يترجم لأعيان العلماء ، كما أنه كتاب في التاريخ الإسلامى إذ يؤرخ لأحداثه الهامة حسب السنوات .

٢٦ — طبقات الأمم ، للقاضى صاعد بن أحمد الأندلسى المتوفى عام ٤٦٢ هـ ، مطبعة محمد مطر بالقاهرة . وهو ، على لطف حجمه ، مصدر هام وأصيل عن مؤلفه ببيان الأمم القديمة ، ثم الأمة الإسلامية في الأقطار المختلفة ، ومبالغ عناية كل منها بالعلم .

٢٧ — طبقات الشافعية الكبرى ، لشيخ الإسلام تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي المتوفى عام ٧٨١ هـ ، الطبعة الأولى بالمطبعة الحسينية المصرية بالقاهرة عام ١٣٢٤ هـ ، في ستة أجزاء . وهو كتاب ، كما يدل عليه اسمه ، يؤرخ للعلماء الشافعية مرتبين حسب طبقاتهم المتعددة .

٤٨ — وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، للقاضى أحمد الشهير بابن خلكان المتوفى عام ٦٨١ هـ ، طبع المطبعة الأميرية عام ١٢٧٥ هـ . وهو كتاب في تاريخ العلماء ومشاهير رجالات الإسلام معروف ، ولا غناء عنه .

مراجع عامة

٢٩ — الأموال (كتاب) للامام الحجة أبو عبيد القاسم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤ هـ نشر المكتبة التجارية بمصر عام ١٣٥٣ هـ ، وعليه تعليقات وتحقيقات قيمة جدا ، ولا غنى لمن يبحث في النظام المالى فى الإسلام من الرجوع إليه .

٣٠ — تاريخ التشريع الإسلامى للمرحوم الشيخ محمد الحضرى ، مطبعة الاستقامة بالقاهرة عام ١٩٣٩ م

٣١ — تأسيس الشيعة لعلوم الإسلام ، للمرجع الدينى الأكبر آية الله السيد الحسن الصدر ، طبع العراق عام ١٩٥١ م . وهو مرجع هام فى موضوعه ، ولكن فيه من علماء أهل السنة المشاهير ما جعلهم المؤلف من الشيعة .

٣٢ — التعريفات ، للسيد الشريف الجرجانى ، طبع استانبول عام ١٣٢٧ هـ . وهو خاص بتعريفات مصطلحات العلوم المختلفة وأصولها .

٣٣ — الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامى ، للشيخ محمد بن الحسن الحجوى الثعالبي ، أربعة أجزاء ، بدىء طبعه بالرباط من مراكش عام ١٣٤٠ هـ وتم بعد ذلك بسنوات بتونس . وهو كتاب تناول تاريخ الفقه في مراحل المختلفة ، وترجم لأعيان الفقهاء حتى وصل إلى العصر الحاضر الذى نعيش فيه ، إلا أنه لا ينسب — إلا فى النادر جدا — ما أخذه من المراجع المختلفة لأصحابها .

٣٤ — الخراج (كتاب) ، رسالة كتبها أبو يوسف صاحب الإمام إبي حنيفة إجابة لطلب الخليفة لتكون دستوراً يعمل به فى جباية الخراج والعشور والصدقات ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية بيولاقي بمصر عام ١٣٠٢ ، وبهامشه الجامع الصغير فى الفقه لمحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة أيضا .

٣٥ — الخراج (كتاب) ليحيى ابن آدم القرشى المتوفى عام ٢٠٢ هـ ، المطبعة السلفية بالقاهرة عام ١٣٤٧ هـ ، وعليه تعليقات وتحقيقات قيمة للأستاذ الشيخ أحمد محمد شاكر ، وهو كسابقه وككتاب الأصول لابن سلام من مراجع النظام للمالى فى الإسلام فى العصور الأولى .

٣٦ — الفهرست لابن النديم ، طبع المطبعة الرحمانية بالقاهرة عام ١٣٤٨ هـ . وهو كما جاء بمقدمة المؤلف : فهرست كتب جميع الأمم من العرب والعجم ، للوجود منها بلغة العرب وقلها ؛ فى أصناف العلوم وطبقات مؤلفيها وأنسابهم وتاريخ مواليدهم ومبالغ أعمارهم وأوقات وفاتهم ، وأمكن بلدانهم ، ومناقبهم ومثالبهم ، منذ ابتداء كل علم إلى عصرنا هذا وهو سنة ٣٧٧ للهجرة هـ . فهو ، كما ترى ، كتاب هام جدا لا يستغنى عنه باحث فى العلوم الإسلامية .

٣٨ — كشف اصطلاحات الفنون ، لمحمد طي التهانوى ، طبع المجلد الأول منه بالآستانة عام ١٣١٧ هـ ، ومن قبل طبع كاملاً بكتسكس بالهند عام ١٨٦٢ م . وهو كتاب فى الدرجة الأولى من الأهمية فى موضوعه ، ويعتبر دائرة معارف فى العلوم الإسلامية .

٣٨ — مفاتيح العلوم ، لأبى عبد الله الخوارزمى المتوفى عام ٣٨٧ هـ ، طبعة ليدن بهولانده عام ١٨٩٥ م بعناية المستشرق المعروف فان فلوتن . وهو جزء واحد ، وله أهميته فى بابه .

٣٩ — مفتاح السعادة ومصباح السيادة فى موضوعات العلوم ، للمولى احمد ابن مصطفى المعروف بطاش تبرى زاده المتوفى عام ٩٦٢ هـ . الطبعة الأولى بحيدر آباد

الهدن عام ١٣٢٨ — ١٣٥٦ هـ وهو كأمثاله من المراجع الهامة في موضوعاتها ، فلا يستغنى عنه باحث في العلوم الإسلامية ، فضلا عن ترجمته لكثير من أعيان العلماء .
٤٠ — مقدمة ابن خلدون المؤرخ المعروف ، المتوفى عام ٨٠٨ هـ ، طبع مطبعة التقدم بالقاهرة عام ١٣٢٢ هـ ، وهو مرجع أشهر من أن يعرف منا بكلمة عنه ، ولكن نشير إلى تأريخه للعلوم الإسلامية وتطور كل منها حتى عصر المؤلف .

فقه حنفى

٤١ — الأشباه والنظائر ، للشيخ إبراهيم زين الدين بن نجيم ، مطبعة وادى النيل بالقاهرة عام ١٢٩٨ هـ جمع فيه مؤلفه القواعد العامة للفقه ، وما يدخل تحت كل قاعدة من المسائل الأشباه والنظائر .

٤٢ — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى عام ٥٨٧ هـ ، فى سبعة أجزاء وهو من أدق الكتب فى المذهب وأفضلها نظاماً وترتيباً ، كما يعتبر من الكتب التى عنيت بالمقارنة . طبع عام ٣٢٧ — ١٣٢٨ هـ ، الطبعة الأولى ؛ جزء ١ — ٢ بمطبعة شركة المطبوعات العلمية ، ٣ — ٧ بمطبعة الجمالية بالقاهرة .

٤٣ — تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى المتوفى عام ٧٤٣ هـ ، فى ستة أجزاء ، وبهامشه حاشية شهاب الدين أحمد الشلبى ، المطبعة الأميرية بيولاى عام ١٣ — ١٣١٥ هـ . ويمتاز الشرح ، لا بكثرة المسائل والتفريعات ، ولكن بعرض الآراء والاستدلال لها ثم بالاحتجاج للمذهب الذى يذهب إليه .

٤٤ — جامع الفصولين ، لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضى سماونه ، وبهامشه حواشى وتعليق للمحقق خير الدين الرملى ، الطبعة الأولى بيولاى عام ٣٠٠ — ١٣٠١ هـ فى جزئين ، وقد فرغ المؤلف من كتابته عام ٨١٤ . والمراد بالفصولين هو : فصول محمد بن محمود الأستروشفى ، وفصول عماد الدين وهما من أجل ما صُنِف فى الفتاوى والدعاوى وفصل الخصومات . وقد حذف المؤلف « للجامع » المكرر منهما ، وزاد عليها زيادة مفيدة من كتب أخرى .

٤٥ — رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، وهو معروف بحاشية ابن عابدين ، الطبعة الثالثة بالمطبعة الأميرية بالقاهرة عام ٣٢٣ — ١٣٢٦ هـ

٤٦ — غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر ، وهو شرح للشيخ

أحمد بن محمد المعروف بالحموى المتوفى عام ١٠٩٨ هـ على الأشباه لابن نجيم السابق ذكره و فرغ من كتابته عام ١٠٩٧ هـ جزءان في مجلد طبع الآستانة عام ١٢٩٠ هـ ، وهو ملحق بالجزء الثانى مجموعة رسائل لأحمد بن نجيم .

٤٧ - الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية ، ستة أجزاء بالمطبعة الأميرية بيولاى القاهرة عام ١٣١٠ - ١٣١١ هـ . وطى هامش الثلاثة الأولى الفتاوى الحانية لقاضيخان المتوفى عام ٢٩٥ هـ ، وعلى الأخرى الفتاوى البرازية لابن البراز المتوفى عام ٨٢٧ هـ ، والمجموع تأليفه جيد جامع لأبواب الفقه كلها .

٤٨ - فتح القدير لكمال الدين بن الهمام المتوفى عام ٦٨١ هـ ، مع تكملة : نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لقاضى زاده المتوفى عام ٩٨٨ هـ ، وهو شرح الهداية شرح بداية المبتدى ، والهداية والبداية كلاهما لبرهان الدين المرغينانى المتوفى عام ٥٩٣ هـ وبالهامش شرح العناية على الهداية لأكل الدين البارتى المتوفى عام ٧٨٦ هـ وحاشية سعدى جلبي أو سعدى أفندى المتوفى عام ٩٤٥ هـ على شرح النهاية المذكور .

والكتاب ، أو مجموعة هذه الكتب ، فى ثمانية أجزاء ، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة عام ١٣٥٦ هـ ، وفتح القدير يعتبر أوفى كتاب ، من الكتب التى بأيدينا ، فيها يختص بعرض المذهب الحنفى وأقوال المذاهب الأخرى ، مع التدليل والترجيح لما يذهب إليه .

٤٩ - للبسوط لشمس الدين السرخسى ، طبع مطبعة السعادة بالقاهرة عام ٣٢٤ - ١٣٣١ هـ ، والسرخسى هو أبو بكر محمد بن أبى سهل . وهذا الكتاب من الكتب الأصيلة فى المذهب ، إذ أنه يشتمل على كتب ظاهر الرواية للإمام محمد بن الحسن عن الإمام أبى حنيفة ، وهو فى ثلاثين جزءاً .

٥٠ - مجلة الأحكام العدلية ، الطبعة الأولى بالآستانة عام ١٢٩٧ بمطبعة الجوائب . وهى المجلة الرسمية المحتوية على القوانين الشرعية التى وضعت لتكون للحكم بها فيما سبق به من الأيام . وقد أخذت فى مجموعها من الفقه الحنفى ، وجاءت فى ١٨٥١ مادة ، إلا أنها تشبه كتاباً فى الفقه لما جاء بالمواد من إيضاحات وأمثلة متعددة .

٥١ - مجموعة رسائل ابن عابدين ، فى مسائل كثيرة من الفقه ، طبعة الآستانة فى جزئين عام ١٣٢٥ . ومنها رسالة هامة فى اعتبار العرف فى الأحكام الفقهية عنوانها : نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف ، وهى فى الجزء الثانى من صفحة ١١٤ إلى صفحة ١٤٧ .

٥٢ - مختصر الطحاوى ، وهو الإمام أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة المتوفى

عام ٣٢١ هـ ، نشر لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدرآباد الدكن بالهند ، طبع دار الكتاب العربى بالقاهرة عام ١٣٧٠ هـ ، وهو كتاب جليل من كتب المتقدمين ، وتمتاز هذه الطبعة بفهرس تفصيلى للسائل وبتعليقات وتحقيقات مفيدة للأستاذ أبى الوفا الأصفهاني .

٥٣ - نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف ، أفضل مجموعة رسائل ابن عابدين .

٥٤ - الهداية (كتاب) شرح بداية المبتدى ، كلاهما لبرهان الدين المرغيتانى السابق ذكره فى الكلام على فتح القدير ، أربعة أجزاء ، وتم طبعه عام ١٣٢٧ هـ ، الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية للخشب .

فقه شافعى

٥٥ - الأشباه والنظائر ، للإمام جلال الدين السيوطى ، المطبعة التجارية بالقاهرة عام ١٩٣٦ م ، جزء واحد . وهو يشمل قواعد الفقه الكلية ، وما يدخل تحت كل منها من الفروع .

٥٦ - الأم (كتاب) للإمام الشافعى ، الطبعة الأولى الأميرية فى سبعة أجزاء تم طبعها عام ١٣٢٦ هـ ، وقد جعلت رسالته فى علم أصول الفقه مقدمة للجزء الأول الذى طبع عام ١٣٢١ هـ .

٥٧ - حاشية الشيخ سليمان البجيرمى على شرح منهج الطلاب ، واسمها التجديد لنفع العبيد . وإن كانت لم تعرف بهذا الاسم . وشرح منهج الطلاب هو لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى المتوفى عام ٩٢٦ هـ ، ويسمى : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، كما أن متن المنهج له أيضاً . وهى الحاشية مع الشرح والتمن فى أربعة مجلدات ، طبع بولاق بالقاهرة عام ١٢٩٢ هـ ، وقد توفى البجيرمى عام ١٢٢١ هـ .

٥٨ - معنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ، للشيخ محمد الشربيني الخطيب المتوفى عام ٩٧٧ هـ ، وهو شرح على متن المنهاج لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى المتوفى عام ٦٧٦ هـ ، نشر مصطفى الحلبي سنة ١٩٣٣ - ١٣٥٢ هـ فى أربعة مجلدات .

٥٩ - نهاية إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد بن شهاب الدين أحمد الرملى المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ ، وبهامشه حاشية أبى الضياء الشيخ على الشبراوى وحاشية الرشيدى . والجميع فى ثمانية مجلدات ، طبع بالمطبعة البهية المصرية لصاحبها محمد مصطفى عام ١٢٨٦ هـ بالقاهرة .

٦٠ — الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، للإمام الفزالي ، مطبعة الآداب
والثويد بالقاهرة عام ١٣١٧ هـ . وهو كتاب محرر في المذهب ، مع المقارنة بالمذاهب
الأخرى بإيجاز ، في جزئين .

فقه مالكي

٦١ — بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لأبي الوليد أحمد بن محمد بن رشد المشهور
بالحفيد وبفيلسوف قرطبة بالأندلس المتوفى عام ٥٩٥ هـ . جزءان طبع مطبعة الاستقامة
عام ١٩٣٨ م ، وهو كتاب في الفقه المالكي مع عرض المذاهب الأخرى ، فهو دراسة
مقارنة ، فضلا عن أنه كتاب في فلسفة الفقه عامة أيضاً .

٦٢ — بلغة السالك لأقرب المسالك . للشيخ أحمد الصاوي ، على الشرح الصغير
للدردير ، طبع بولاق عام ١٢٨٩ هـ . وهو في جزئين ، ومن كتب المذهب القيمة
الغنية بكثرة المسائل والاستدلال مع الإيجاز .

٦٣ — حاشية شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للدردير
طبعة بولاق عام ١٢٩٥ هـ ، في أربعة أجزاء . وهو كتاب دقيق كثير المسائل
والتقريعات ، ويرشد إلى مراجعه من أمهات كتب المذهب .

٦٤ — المقدمات الممهدة ، لابن رشد الجدل قاضي الجماعة بقرطبة المتوفى عام
٥٢٠ عام ولادة حفيده الفيلسوف . الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة بالقاهرة عام
١٣٢٥ هـ . كتاب قيم وهام جداً لمعرفة المذهب على أساس ما جاء « بالمدونة » المشهورة
فهو يمهّد حقاً لفهمها وبيان ما قامت عليه من الأحكام وأمّهات المسائل والمشاكل
التي احتوتها .

٦٥ — مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل ، لإمام المالكية
في عصره محمد بن عبد الرحمن ، المغربي الأصل المسكي المولود المعروف بالحطاب ، المتوفى
عام ٩٥٤ هـ . وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم
العبدري الشهير بالمواق ، المتوفى ٨٩٧ هـ . الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة عام ١٩٢٨ ،
١٩٢٩ م . كتاب في ستة أجزاء ضخام ، يجمع بين أفتية أقوال وآراء علماء المذهب
الأصلاء ، مع نسبة الهام منها لمرجه الأول ، إلا أنه يحتاج لفهرس تفصيلي دقيق .

٦٦ — القوانين الفقهية ، لابن جزى ، وهو محمد بن أحمد بن جزى (الكلبى
الغرناطى المتوفى عام ٧٤١ هـ ، طبع مطبعة النهضة بتونس عام ١٩٢٦ م وهو كتاب
جمع بين الإيجاز والبيان ، وتضمن في أوائله المسائل الهامة من علم الكلام ، ثم أخذ

بعد ذلك في أبواب الفقه المعروفة ، وختمه بحمل في السيرة والتاريخ والتصوف والأخلاق وقد عني مؤلفه ، فيما يختص بالفقه ، ببيان مذهب مالك في كل مسألة مع ذكر الخلافات الهامة لأصحاب المذاهب الأخرى .

فقه حنبلي

٦٧ — إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لشمس الدين بن قيم الجوزية المتوفى عام ٧٥١ هـ . طبعه منير الدمشقي بلا تاريخ ، في أربعة أجزاء ، وهو كتاب قيم حقاً ، وفيه كثير من الدراسات المقارنة في المذاهب المختلفة ، كما أنه يشمل الفقه الإسلامي الحلي المتطور حسب الزمان والمكان .

٦٨ — القواعد في الفقه الإسلامي ، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى عام ٧٩٥ هـ ، الطبعة الأولى عام ١٩٣٣ م بمطبعة الصدق الخيرية بالقاهرة ، عني فيه مؤلفه بجمع القواعد العامة للفقه وبآخيه فهرس متقن لجلال الدين نصر الله البغدادي الحنبلي ، جمع فيه مسائل الكتاب مرتباً لها على أبواب الفقه حسب تشاكل المسائل ومناسبة بعضها البعض ، لا على ترتيب المؤلف ، فصار أداة طيبة تكشف للباحث سريعاً عما يريد .

٦٩ — كشف القناع على متن الإقناع ، لشيخ الإسلام منصور بن إدريس الحنبلي ، وبهامشه شرح منتهى الإرادات لشيخ الإسلام منصور بن يونس البهوتي ، الطبعة الأولى بالمطبعة الشرقية عام ١٩ — ١٣٢٠ هـ ، في أربعة أجزاء ، وهو أجود الكتب وأوفاهما التي رجعنا إليها في المذهب .

٧٠ — مجموعة الرسائل والمسائل ، لشيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية المتوفى عام ٧٢٨ هـ ، الطبعة الأولى في خمسة أجزاء ، بمطبعة المنار عام ٤١ — ١٣٤٩ هـ .

٧١ — مجموعة فتاوى ابن تيمية ، مطبعة كردستان العلمية بالقاهرة عام ٢٦ — ١٣٢٩ هـ ، في خمسة مجلدات وهو كتاب جامع لفتاوى في نواح متعددة في العقائد والتصوف وغير ذلك ، كما يشمل كثيراً من أبواب الفقه ومسائله وبخاصة في المعاملات بالجزء الثالث ، وفي هذا الجزء رسالته الهامة في العقود والشروط .

٧٢ — مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية ، عمل بدر الدين أبي عبد الله محمد بن علي الحنبلي البعلبي المتوفى عام ٧٧٧ هـ ، طبع مطبعة أنصار السنة المحمدية عام ١٩٤٩ .

٧٣ — المغني ، لأبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي المتوفى عام ٦٢٠ هـ ، الطبعة

الثالثة عام ١٣٦٧ هـ لدار النار بالقاهرة في تسعة أجزاء ، وهو كتاب جيد في الفقه الحنبلي مع تعرض للمذاهب الأخرى وبذلك يمكن عدّه في كتب الفقه المقارن .
٧٤ — نظرية العقد . لابن تيمية . نشر دار أنصار السنة المحمدية عام ١٩٤٩ م ، وهذه التسمية فيها تلبيس من الناشر بلا ضرورة فهذا الكتاب يسمى كتاب العقود كما جاء بمقدمته ، طى أنه لا يخرج كثيراً عن رسالة العقود والشروط المنشورة بالجزء الثالث من مجموعة فتاوى ابن تيمية .

مذاهب أخرى

٧٥ — اختلاف الفقهاء ، لمحمد بن جرير الطبري المؤرخ والمفسر المعروف والمتوفى عام ٣١٠ هـ ، نشر المستشرق الألماني فيريدريك كرن القطعة الموجودة بمصر منه ، الطبعة الأولى بمطبعي الموسوعات والترقي بالقاهرة عام ١٩٠٢ .
٧٦ — أصل الشيعة وأصولها للشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، طبع القاهرة عام ١٩٤٤ م وهي رسالة لطيفة الحجم عن الشيعة الإمامية وأصولها ومذهبها في علم الكلام وعلم الفقه .
٧٧ — البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، للإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى عام ٨٤٠ هـ ، الطبعة الأولى بالقاهرة عام ١٩٤٨ ، في أربعة أجزاء . وهو كتاب يقوم على المذهب الشيعي ، إلا أنه يتعرض لأقوال وآراء الفقهاء الآخرين فهو عمل جيد يجب الإفادة منه .

٧٨ — الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، لشرف الدين الحسين الحليّ الملقب بالصنعاني المتوفى عام ١٢٢١ هـ مطبعة السعادة عام ٤٨ — ١٣٤٩ هـ الطبعة الأولى . وهو كتاب جليل في أربعة أجزاء ومنزلة في الفقه الشيعي وتعرضه للمذاهب الأخرى كسابقه ، والمجموع هو للإمام زيد بن طي رضى الله عنهما .

٨٩ — المحلى في الفقه الظاهري . لأبي محمد طي بن حزم المتوفى عام ٤٥٦ هـ ، طبع منير الدمشقي عام ٣٤٧ — ١٣٥٢ هـ ، في أحد عشر جزءاً وكل جزء ينتهي بفهرس تفصيلي جيد . وفي الكتاب عرض للمذهب الظاهري وللمذاهب الأخرى ، مع الاحتجاج القوي للمذهب في عنف أحياناً كثيرة .

بحوث فقهية مقارنة معاصرة

٨٠ — أحكام المعاملات الشرعية ، للأستاذ الشيخ طي الحفيف الطبعة الثالثة عام ١٩٤٧ هـ مطبعة أنصار السنة المحمدية .

٨١ — الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الإسلامى (مذكورة مبتدأة في بيان) للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ، نشر عبد الله وهبه بالقاهرة سنة ١٩٤٤ م
٨٢ — العقود والشروط والخيارات ، بحث لفضيلته أيضا ، نشر بمجلة القانون والاقتصاد بالعدد السادس من السنة الرابعة في نوفمبر عام ١٩٣٤ م .

٨٣ — فلسفة التشريع في الإسلام ، للأستاذ الدكتور صبحى محمصانى ، طبع بيروت عام ١٩٤٦ م . وهى دراسة مقارنة للمذاهب الفقهية مع القوانين الحديثة ، فقها فائدة كبيرة لدراسى الفقه الإسلامى المقارن ، فضلا عن عناية المؤلف بالتعريف بكبار رجالات كل مذهب من مذاهب أهل السنة والشيعة ، وبالمؤلفات الهامة في كل مذهب .

٨٤ — للعاملات الشرعية المالية ، للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ، طبع المطبعة السلفية بالقاهرة عام ١٩٣٦ م .

٨٥ — الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة الطبعة الأولى عام ١٩٣٩ م مطبعة فتح الله الياس نورى وأولاده بالقاهرة .

٨٦ — النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، للأستاذ الدكتور صبحى محمصانى ، طبع بيروت عام ١٩٤٨ . كتاب في جزئين على الطريقة العلمية المقارنة ، وهو غنى بالمراجع الأصلية .

في القانون

٨٧ — أصول القانون للأستاذين الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، والدكتور أحمد حشمت أبو شبيب ، طبع لجنة التأليف بالقاهرة عام ١٩٥٠ م . وهو ، على وجازته ، كتاب قيم في موضوعه .

٨٨ — شرح القانون المدنى الجديد ، القسم الأول في النظرية العامة للحق العيني للأستاذ الدكتور شفيق شحاته المطبعة العالمية بالقاهرة عام ١٩٥١ م .

٨٩ — شرح القانون المدنى الجديد ، الحقوق العينية الأصلية ، للأستاذ الدكتور محمد كامل مرسى ، ج ١ طبع المطبعة العالمية بالقاهرة عام ١٩٤٩ م .

٩٠ — عقد المدة أو العقد المستمر والدورى التنفيذ للأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى ، رسالة دكتوراه ، مطبعة جامعة فؤاد الأول عام ١٩٥٠ م وهو بحث غنى بالاستقلال في التفكير وعمق التحليل .

- ٩١ — مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث، للأستاذ السعيد مصطفى السعيد ، مطبعة الاعتماد بالقاهرة عام ١٩٣٦م وهو بحث قيم مقارنة وفيه إنصاف للشريعة الإسلامية في نواح عديدة .
- ٩٢ — مذكرات في نظرية الالتزام ، للدكتور عبد الحمى حجازى ، مطبعة دار الكتاب العربى بالقاهرة عام ١٩٥٢ ، الطبعة الأولى . وهى بحوث تتميز بالعمل على الاستقلال بالرأى والنقد لكثير من آراء غيره .
- ٩٣ — نظرية العقد للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، الطبعة الأولى بمطبعة دار الكتب المصرية عام ١٩٣٤ وهو كتاب ضخم فى أكثر من ألف صفحة ويعتبر بحق موسوعة علمية قيمة فى موضوعه ، والباحثون فى نظرية العقد يجدون خيرا كثيرا فى الرجوع إليه .
- ٩٤ — الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، للأستاذ الدكتور السنهورى ، دار النشر للجامعات المصرية عام ١٩٥٢ .

فهرست الموضوعات

المقدمة : ٥ - ٧

قيمة الدراسة المقارنة ، ضرورة مدخل لدراسة الفقه ، تقسيم الموضوع .

القسم الأول ، مدخل لدراسة الفقه وفاسفته ٩ - ١٥٧

الشريعة والفقه ١٠ - سر نشأة الفقه وتدرجه ١٣ - الأدوار التي مر بها الفقه ١٩ -
دور النشأة ٢٠ - دور الشباب ٢٨ - دور التدوين والتفج والكمال ٥٠ - دور
التقليد ٥٦ - حركة بعث جديد ٦٣

المذاهب الفقهية الهامة : ٦٤ - ١١٤

المذهب الحنفي وصاحبه ٦٤ - أصوله ٦٧ - تلامذة الإمام ٦٨ - تدوينه ٧٢ -
المذهب الشافعي ومؤسسه ٧٥ - أصوله ٧٨ - تدوينه ٧٩ - ناسروه ٨٠ - المذهب
المالكي ومؤسسه ٨١ - أصوله ٨٤ - روايته ٨٦ - المذهب الحنبلي وصاحبه ٩١ -
أصوله ٩٢ - وتدوينه ونشره ٩٣ - فقه الشيعة ٩٦ - الزيدية ٩٧ - الإمامية ٩٨ -
الزيدية والإمامية عن المستشرق بروكلمان ١٠٢ - الزيدية ١٠٣ - الإطعية ١٠٦ -
مذاهب اندثرت : مذهب الأوزاعي ١١٠ - الثوري ١١١ - الليث بن سعد ١١٢ -
داود الظاهري ١١٢ الطبري ١١٤

أصول الفقه ومصادره : ١١٥ - ١٣٥

تعدادها وتداخلها ١١٥ - الكتاب ١١٦ - السنة ١١٩ - الاجماع ١٢٢ -
القياس ١٢٥ - الاستسكان ١٢٨ - المصالح المرسلة ١٣٢

طبيعة الفقه الإسلامي أو خصائصه : ١٣٦ - ١٥٧

أهم هذه الخصائص ١٣٦ - أساسه الوحيد ١٣٧ - التمهيد لأحكامه ١٣٧ - مثل
لذلك ١٣٨ - جزاؤه ديني وأخروي ١٤١ - نزعه الجماعية ١٤٢ - قابليته للتطور
ومن وسائل ذلك العرف ١٤٧ - مسألة تأثيره بالقانون الروماني ١٥١ - الغرض من دراسته
وطريق الإفادة منه ١٥٤

القسم الثاني ، الأموال : ١٥٩ - ٢٠٠

المال وتعريفه ١٦١ - أقسامه ١٦٣ - الملك وتعريفه ١٦٥ - تقسيم المال بالنسبة
للملكية ١٦٦ - أقسام الملك ١٦٧ - أنواع الملك الناقص ١٦٧ - أحكام الملك
الطلق ١٦٨ - انتهاء حق المضمق ١٧٠ - حقوق الارتفاق ١٧١ - حق القرب ١٧٢ -
حق الجبري ١٧٣ - حق المسيل ١٧٨ - حق المروص ١٧٩ - حق الجوارس ١٨٠ -
أسباب الملك التام ١٨٥ - الاستيلاء على المباح ١٨٦ - إحياء الموات ١٨٦ - الاصطياد
ونحوه ١٩٠ - المعادن ونحوها ١٩٤

الأسباب الناقلة للملكية : ٢٠٠ - ٢٤٥

أنواعها ٢٠٠ - الميراث ٢٠١ - الشفعة وتعريفها ٢٠٣ - دليلها وحكمتها ٢٠٤ -
موضوعها ٢٠٥ - نظرة القانون المدني للشفعة ٢٠٧ - الشفعة في المنقول عند ابن حزم ٢٠٩ -

من هو الشفيع ٢١٢ — تراحم الشفعاء ٢١٦ — غيبة بعض الشفعاء ٢١٨ — شروط
الشفعة ٢٢٠ — إجراءات الشفعة ٢٢٨ — تصرف المشتري في المشفوع فيه ٢٣١ — ما تسقط
به الشفعة ٢٣٨ — أحكام عامة : الخط من الثمن ٢٤١ — تأجيله ٢٤٢ — هل لا يقضى
بالشفعة إلا بعد دفع الثمن ؟ ٢٤٣ — تنازل أحد الشفعاء عن الشفعة ٢٤٤

القسم الثالث ، نظرية العقد : ٢٤٧ — ٥٠٨

إهمال الفقهاء لنظرية العقد ٢٤٩ - التصرف والعقد ٢٥٠ — تعريف العقد ٢٥٠ —
تقسيم البحث إلى أبواب أربعة ٢٥٣

١ الباب الأول : في تكوين العقد ، الإيجاب والقبول ٢٥٤ — خروج الموجب عن الأهلية
٢٦٢ — صيغة العقد ٢٦٤ — القول والإشارة ٢٦٥ — الرسالة والكتابة ٢٦٩ — العقد
بالمعاطاة ٢٧٠ — الإرادة الواحدة وأثرها : المذهب الشخصي والمذهب المادي ٢٧٤ — الالتزام
بإرادة واحدة ٢٧٥ — العقد بإرادة واحدة ٢٧٨ — النية واللفظ في العقود ٢٨٤ — حالة
من لا يفهم أن تعبيره يفيد الالتزام ٢٨٥ — حالة النوم والسكر والهزل والخطأ ونحوها
٢٨٦ — حالة من لا يقصد لإنشاء التزام بعبارته ٢٩٤ — حالة المكره ٢٩٤ — حالة من يقصد
لإنشاء عقد آخر غير ما تدل عليه عبارته ٢٩٦ — حالة من يقصد بالعقد غرضاً غير مشروع ٢٩٧ .

٢ الباب الثاني : في شروط العقد ، أولاً ما يختص بالموضوع ٣٠٥ — شروط موضوع العقد :
وجوده ٣٠٦ — قابليته لحكم العقد ٣١٠ — تعيينه ٣١١ — القدرة على تسليمه ٣١٤ — ثانياً
ما يختص بالعقد : الأهلية ٣١٦ — أهلية الوجوب ٣١٧ — أهلية الأداء ٣٢١ — عوارض
الأهلية ٣٢٦ — الجنون ٣٢٧ — العتة والسكر ٣٢٨ — النوم والإغماء ٣٣٢ — السفه
٣٣٣ — الغفلة والدين ٣٣٦ — مرض الموت ٣٣٨ — الولاية : معناها وأنواعها
٣٤٨ — العقد بين الأهلية والولاية ٣٥١ — ما يشترط في الولي والوصي ٣٥٢ — عقود
الوكيل وتصرفاته ٣٦١ — ركن الوكالة ٣٦٣ — شروطها ٣٦٤ — تصرف الوكيل
٣٦٦ — تعدد الوكلاء ٣٧١ — حكم العقد وحقوقه ٣٧٢ — انتهاء الوكالة ٣٧٨ — تصرف
الفضولي وأحكامه ٣٨٠ — سبب العقد ، تعريفه ٣٨٧ — معاني السبب ٣٨٩ — التصرف
المجرد ٣٩٠ — شروط السبب ٣٩٢ — عيوب العقد ٣٩٤ — الإكراه ٣٩٥ — الغلط
٤٠٠ — التدليس ٤٠٢ — الغبن والتفريط ٤٠٤ — مدى الحرية في العقود والشروط
٤١٠ — رأى المضيقين فيها ٤١٥ — رأى الموسعين من الأحناف وغيرهم ٤٢٠ — الشروط
الفاسدة والعقود ٤٢٥ — رأى الحنابلة ٤٢٧ — رأى ابن تيمية ٤٢٨ — الشروط في عقود
المعاوضات ٤٣١ — في عقود التبرعات ٤٣٢ — الزواج ٤٣٣

٣ أقسام العقد ، أولاً : حسب حكمه ووضعه ٤٣٥ — العقود المكروهة ٤٤٥ — النافذ
والموقوف ٤٤٦ — اللازم وغير اللازم ٤٤٧ — ثانياً : العقد حسب طبيعته أو اتصال حكمه
بصيقته ٤٤٨ — العقد المنجز ٤٤٨ — قسمة العقود بالنسبة للاضافة ٤٥٣ — قسمة العقود
بالنسبة للتعليل ٤٥٤ — العقد الفوري والعقد المستمر ٤٥٨ — ثالثاً : العقد من ناحية آثاره
٤٦٣ — الخيارات ، معناها والحاجة إليها ، خيار التعيين ٤٦٦ — خيار الفرط ٤٧٠ — خيار
الرؤية ٤٨١ — خيار العيب ٤٨٧

٤ انتهاء العقد ، العقود اللازمة ، الفسخ للفساد ٣٩٦ — بسبب الخيار ، للإقالة ٤٩٧ — لعدم
التنفيذ ٤٩٨ — لإنهاء مدة العقد ٥٠١ — في العقود غير اللازمة ٥٠١ — أثر الموت في انتهاء
العقد ٥٠٢ — العقود الموقوفة ٥٠٧ — خاتمة ٥٠٨

أخطاء مطبعية نعتذر عنها ، ونرجو العناية بتصحيحها

صواب	خطأ	ص	س	صواب	خطأ	ص	س
العدل	العدل	٤	٢٦٣	كشاف	كشاف	١٠	الهامش
وحاشية	حاشية	٨١	٢٧٢	وتبادل	وتبادل	٨	١٢
التراخي	التراخي	٣	٢٨٨	الأندلسي	الأندلس	١٥	١٣
الإثم	الإثم	٥	٢٨٨	وتقديره	وتقديره	٢٠	١٤
عقدا	عقد	٧	٢٩١	ذو	ذو	١٨٧	١٥
(١)	(٣)	٨١	٢٩٨	ذود	زود	٨٣	٢٦
(٢)	(٤)	٨٢	٢٩٨	جمهرة	جمهرت	٩	٤٩
من	من	٦	٢٩٩	يضم النصف الثاني إلى السطر الأول		٣	٩٨
في الفتنة	الفتنة	١٢	٢٩٩	وفقائهم	وفقائهم	٨٨	٩٩
المنصوص	المنصور	١١	٣١٨	Carl	Cari	٨٣	١٠٢
نعتبر	نبتل	٢٠	٣٣١	يحذف : بن نال		٢٠	١٠٤
... إلى آخر الجملة	يحذف : ولكن	١٦	٣٣٦	كتب	كتاب	٢٢	١٠٥
وقد يصدر من	من	٢	٣٥٢	١٢٥	١٣٥	٨١	١٢٢
يقرر	يقرر	١٧	٣٥٢	لا يجوزاً	لا يجوزاً	٨٣	١٢٧
بضعف	بضعف	٩	٣٥٦	القانون	القوانين	٨١	١٤١
بضعف	بضعف	١٠	٣٥٦	بالجماعة	بالجماعة	١٨	١٤٣
[شراء	شراء	٤	٣٥٧	مشاهدتم	كشاهدتم	٢٠	١٤٣
	يحذف : [أي	٥	٣٥٧	عيد	عييدة	٢١	١٤٣
التضعيف	التضعيف	٧	٣٥٧	نقل	نقل	١٥	٢٠٦
والتضعيف	والتضعيف	٧	٣٥٧	٨٧	٢٤٩	٨٥	٢٠٦
وصيه ولو	وصيه ، ولو	٩	٣٥٩	٨٤	٨٥ - ٨٤	٨١	٢١٠
لنفسه	نفسه	١٢	٣٥٩	يرى	نرى	٦	٢٢٢
وهب	طلب	١٣	٣٨٤	مصنعه	صنعة	٤	٢٣٧
سماونه	سماوانه	٨٢	٣٨٤	يحذف : ولأن هذا النقص ليس		١١	٢٣٧
تتكلم هنا	نجعل الكلام	٨١	٣٨٧	بجناية أحد			
لا يحصل	مالا يحصل	١٩	٣٨٨	ثلاثة شروط	شرطان	١١	٢٥٥

بعض ما سبق نشره من الكتب للمؤلف

١ - بالعربية

- ١ - مباحث في فلسفة الأخلاق
- ٢ - تاريخ الأخلاق
- ٣ - فلسفة الأخلاق في الإسلام وصلاتها بالفلسفة الإغريقية
- ٤ - ابن رشد الفيلسوف (حلقة من سلسلة أعلام الإسلام)
- ٥ - الفلسفة في الشرق ، تأليف الأستاذ ماستون - أورسل ، مترجم عن الفرنسية
- ٦ - العقيدة والشرعية في الإسلام ، للمستشرق جولد تسيهر ، مترجم عن الفرنسية بالاشتراك مع آخرين
- ٧ - مدخل لدراسة الفلسفة الإسلامية ، للمستشرق ليون جوتييه ، مترجم عن الفرنسية
- ٨ - الناحية السياسية والاجتماعية في فلسفة ابن سينا
- ٢ - بالفرنسية

٩ - L'ATTITUDE D' IBN ROSHD A L'EGARD DE LA PHILOSOPHIE ET DE LA RELIGION.

١٠ - LA PERSPECTIVE PHILOSOPHIQUE DU CORAN.

وهما الرسالتان اللتان نال بهما المؤلف دكتوراه الدولة في الفلسفة من السوربون بباريس بدرجة مشرف جدا .



Bibliotheca Alexandrina



0597283